

**ALINE GUIDALLI PILATI**

**JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL À LUZ DA DEMOCRACIA  
PROCESSUAL PENAL: EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO PRÉVIO  
E DEVER DE MOTIVAÇÃO**

Dissertação apresentada como requisito parcial  
à obtenção do grau de Mestre em Direito,  
Programa de Pós-graduação em Direito, Setor  
de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do  
Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda  
Coutinho

**Curitiba**

**2015**

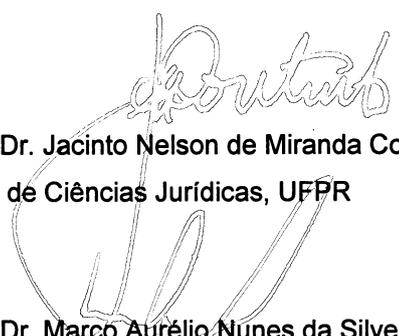
## TERMO DE APROVAÇÃO

ALINE GUIDALLI PILATI

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL À LUZ DA DEMOCRACIA  
PROCESSUAL PENAL: EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO PRÉVIO  
E DEVER DE MOTIVAÇÃO

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos Professores:

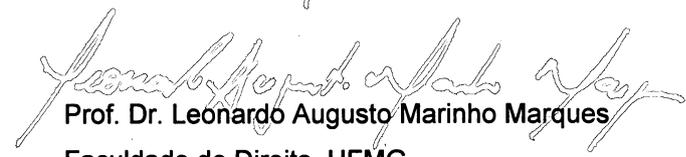
Orientador:

  
Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Membro:

  
Prof. Dr. Marco Aurélio Nunes da Silveira  
Faculdade de Direito, UPF

Membro:

  
Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques  
Faculdade de Direito, UFMG

Curitiba, 7 de abril de 2015

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho pela orientação neste trabalho, pela valiosa convivência acadêmica nos últimos cinco anos e por depositar em mim – sem qualquer garantia – a confiança para escrever sobre tema assaz importante no processo penal; espero tê-la honrado de alguma forma.

Aos familiares e amigos pelo apoio e por compreenderem minha presença sempre fugaz nos últimos três anos.

Aos funcionários da secretaria do PPGD e da biblioteca da UFPR pela solicitude incontestada.

Ao Dr. Rodrigo Régner Chemim Guimarães pelas aulas de processo penal com a didática e a clareza que lhe são peculiares, por ser exemplo do que é ser Pesquisador e pela oportunidade de trabalhar no Ministério Público do Paraná.

Ao Dr. Daniel Ribeiro Surdi de Avelar pela oportunidade de trabalhar no Tribunal do Júri por dois anos e pelo incentivo durante o curso dos créditos do PPGD/UFPR.

Ao Prof. Dr. Fabio André Guaragni pelas palavras de apoio nos últimos meses e por ser exemplo do que é ser Professor.

Ao Prof. Dr. Mauro Sérgio Rocha por ter me socorrido nas horas em que foi preciso estudar o processo civil.

Aos Professores Alexandre Moraes da Rosa, Aury Lopes Jr., Gustavo Badaró, Marco Aurélio Nunes da Silveira, Flaviane de Magalhães Barros, Leonardo Augusto Marinho Marques, Salah Khaled Jr., Priscilla Placha Sá, Paulo Rangel e Erica de Oliveira Hartmann pelos textos escritos e por inspirarem todos nós que estudamos e trabalhamos com o processo penal.

## RESUMO

Esta dissertação investiga o juízo de admissibilidade da ação penal sob dois aspectos: o exercício do contraditório prévio e a motivação da decisão, ambos sob enfoque constitucional.

Em relação ao contraditório prévio, o estudo envolve a revisão das teorias de Oskar Bülow, James Goldschmidt e Elio Fazzalari acerca da estrutura jurídica do processo. Essas teorias conceberam o acusado como sujeito de direitos e a sucessão até a concepção do procedimento realizado em contraditório indica a necessidade da participação do acusado na construção da decisão sobre a ação. O estudo também examina a legislação processual penal brasileira e a posição da doutrina acerca do tema.

Considerando que o contraditório somente será plenamente garantido se a ele corresponder o dever de motivação da decisão judicial, o estudo do juízo sobre a ação também envolve a necessidade de fundamentação do ato.

A doutrina atual, em geral, entende que o recebimento da denúncia ou queixa exige fundamentação. É no âmbito do Supremo Tribunal Federal que se consolidou entendimento no sentido contrário. Por isso, neste ponto, a investigação se volta a examinar o posicionamento da Corte para, então, refutá-lo com o objetivo de sedimentar a necessidade de fundamentação do juízo positivo sobre a ação.

## **ABSTRACT**

This dissertation investigates the “judgement of admissibility of the accusation” (also known as the decision on binding over the criminal case to the next stage of the process and also known as the screening of the prosecutor’s decision to charge), in two aspects: the written defense motion and the reasoning of the binding over act, both under constitutional approach.

Regarding the defense motion, the study involves literature review on the theories of Oskar Bülow, James Goldschmidt and Elio Fazzalari. These theories conceived the defendant as someone who is entitled of rights and their development indicates the need of the defendant participation in the shaping of the groundings of judicial decision. The study also examines if the Brazilian criminal procedure contemplates the defense motion before the decision on binding over the case and the position of the doctrine on the issue.

Since the defense’s contradictory statement isn’t sufficient for a fair decision, it is also desirable that the binding over act includes the reasons which the judge took into consideration to receive the information (criminal complaint) or to dismiss it.

The issue is not controversial in the doctrine, as the authors in general believe that the screening act must contain its groundings. It’s in the field of the Supremo Tribunal Federal and it’s jurisprudence that it becomes relevant. This is because the Court understands, despite the article 93, subsection IX, of Brazilian Constitution, that the screening act dispenses its groundings. That is why the study examines the Court’s understanding in order to refute it and this way reinforces the need of reasoning the act.

## SUMÁRIO

<b>AGRADECIMENTOS</b> .....	III
<b>RESUMO</b> .....	IV
<b>ABSTRACT</b> .....	V
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL: APONTAMENTOS INICIAIS E FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS</b> .....	3
2.1 APONTAMENTOS INICIAIS: O DIREITO DE AÇÃO COMO UM “DIREITO DE DOIS TEMPOS”.....	3
2.2 CONTROVÉRSIA EM TORNO DO MOMENTO DO RECEBIMENTO DA EXORDIAL ACUSATÓRIA: EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO PRÉVIO AO JUÍZO SOBRE A AÇÃO.....	6
2.3 CONTROVÉRSIA EM TORNO DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA OU QUEIXA.....	14
<b>3 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL E AS TEORIAS DO PROCESSO: FORMA DE ATUAÇÃO DAS PARTES NO ITER PROCEDIMENTAL</b> .....	20
3.1 A IMPORTÂNCIA DE SE ESTUDAR AS TEORIAS DO PROCESSO PARA O DESENVOLVIMENTO DA TEMÁTICA DO CONTRADITÓRIO PRÉVIO AO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL.....	20
3.2 CLASSIFICAÇÕES EM TORNO DAS TEORIAS DO PROCESSO.....	21
3.3 BREVES NOTAS ACERCA DO PROCESSO ROMANO E SEU CARÁTER PRIVATÍSTICO.....	22
3.4 A TEORIA DO PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA: CONTRIBUIÇÃO DE OSKAR BÜLOW.....	28
3.4.1 A recepção da teoria do processo como relação jurídica no processo penal .....	36
3.5 A TEORIA DO PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA: CONTRIBUIÇÃO DE JAMES GOLDSCHMIDT.....	38
3.5.1 As críticas de James GOLDSCHMIDT à teoria do processo como relação jurídica.....	39

3.5.2 A proposta de James GOLDSCHMIDT: o processo como situação jurídica .....	42
3.5.3 Recepção da teoria do processo como situação jurídica .....	46
3.5.3.1 A posição de Piero CALAMANDREI .....	46
3.5.3.2 A posição de outros autores .....	51
3.6 A TEORIA DO PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO: CONTRIBUIÇÃO DE ELIO FAZZALARI .....	53
3.6.1 Recepção da teoria de FAZZALARI e a sua incorporação no processo penal .....	62
3.7 O CONTRADITÓRIO COMO ELEMENTO DE CONSTRUÇÃO DO PROVIMENTO JURISDICIONAL: PARTICIPAÇÃO SIMÉTRICA E GARANTIA DE NÃO-SURPRESA .....	69
<b>4 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL: DEVER DE MOTIVAÇÃO ....</b>	<b>81</b>
4.1 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DURANTE A VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 ATÉ O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....	82
4.1.1 Habeas Corpus nº 31.078, de 26/11/1949. ....	83
4.1.2 <i>Habeas Corpus</i> nº 38.833, de 29/11/1961 .....	85
4.1.3 Recurso Extraordinário nº 74.297, de 21/11/1973.....	89
4.1.4 Argumentos favoráveis e contrários à necessidade de motivação do recebimento da denúncia ou queixa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até o advento da Constituição de 1988.....	94
4.2 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APÓS O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 .....	96
4.2.1 O posicionamento do Ministro Celso de Mello .....	97
4.2.2 O posicionamento do Ministro Maurício Corrêa .....	100
4.3 CRÍTICA AO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ...	101
4.3.1 Dos argumentos de ser o recebimento da denúncia ou queixa ato de mera admissibilidade da ação penal e de implicar pré-julgamento do mérito da causa .....	102
4.3.1.1 Os pressupostos processuais como conteúdo do juízo de admissibilidade da ação penal.....	104

4.3.1.2 As condições da ação como conteúdo do juízo de admissibilidade da ação penal .....	106
4.3.1.2.1 Tipicidade aparente (ou fato aparentemente criminoso ou injusto aparente). .....	111
4.3.1.2.2 Punibilidade concreta .....	118
4.3.1.2.3 Legitimidade da parte .....	120
4.3.1.2.4 Justa causa.....	122
4.3.3.3 O conteúdo do juízo de admissibilidade da ação penal como indicativo de que o ato é decisório e o argumento de que a sua motivação ensejaria o pré-julgamento do caso. ....	127
4.3.2 Dos argumentos de poder ser implícita a admissão da ação e não estar o ato alcançado pelo disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição. ....	134
4.3.3 Do argumento de que o ato é irrecorrível e por isso não exige motivação .....	143
4.3.4 Do argumento de que o recebimento da denúncia e da queixa equipara-se ao despacho que ordena a citação do réu no processo civil.....	145
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>150</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>152</b>
<b>REFERÊNCIAS JURISPRUDÊNCIAIS .....</b>	<b>158</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A dissertação que ora se apresenta versa sobre o juízo de admissibilidade da ação no processo penal à luz da Constituição da República de 1988. Dada a amplitude do tema, esclarece-se, desde já, que o foco da investigação recai sobre dois aspectos: o exercício do contraditório prévio e a motivação do ato.

Em relação ao contraditório prévio, discorrer-se-á sobre a necessidade da manifestação da defesa antes do juízo sobre a ação. O ponto de partida é análise a reforma processual penal levada a cabo no ano de 2008 que, inadvertidamente, deixou margem à dúvida em relação ao momento do recebimento da denúncia ou da queixa no procedimento comum ordinário e sumário.

Há duas interpretações possíveis. Uma no sentido de que o juiz recebe a acusação liminarmente e outra, mais adequada à Constituição, no sentido de que o recebimento se dá após a apresentação da resposta à acusação.

A defesa do exercício do contraditório prévio será feita através do estudo das teorias do processo. Isso porque, ao definir a estrutura jurídica do processo, a doutrina tratou de desvelar de que forma as partes interagem no decorrer do procedimento. Serão três as teorias estudadas: a teoria do processo como relação jurídica, a teoria do processo como situação jurídica e a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório.

Tais teorias erigiram o imputado à condição de sujeito de direitos e, à medida em se aperfeiçoou a investigação sobre o processo, vislumbrou-se a necessidade da participação do acusado na formação do provimento jurisdicional em simetria ao órgão da acusação.

Neste capítulo, as citações em espanhol foram mantidas no idioma estrangeiro, pois já são traduções do texto original (em alemão) e porque são de fácil compreensão. As citações em alemão e em italiano foram traduzidas, no corpo do texto, para português.

Em relação ao segundo aspecto que compõe a presente dissertação, explanar-se-á sobre a necessidade de fundamentação do juízo de admissibilidade da ação penal.

O ponto de partida será a análise do entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da questão. Através da coleta de julgados desde a vigência do Código de Processo Penal, demonstrar-se-á que o Tribunal consolidou o entendimento de que o ato dispensa motivação. Será realizado um levantamento minucioso dos argumentos invocados para afastar a incidência do artigo 93, inciso IX, da Constituição da República.

A refutação do entendimento do Tribunal será feita a partir do estudo do conteúdo do juízo de admissibilidade da acusação, a fim de concluir que o ato é decisório e exige fundamentação. Serão analisadas as condições da ação e os pressupostos processuais.

Demonstrar-se-á, também, que o exame da viabilidade da acusação, em razão da matéria a ser analisada nesta fase processual, não enseja o acerto prévio do caso penal.

Ademais, demonstrar-se-á por que é equivocada a equiparação do juízo de admissibilidade da ação penal ao ato que ordena a citação do réu no processo civil e também por que o argumento da irrecorribilidade do recebimento da denúncia e da queixa não autoriza a conclusão de que o ato dispensa fundamentação.

Por fim, antes de incursionar no desenvolvimento da dissertação, salutar justificar por que dois temas foram desenvolvidos no mesmo trabalho.

O exercício do contraditório e a motivação da decisão judicial guardam uma relação de mútua complementariedade. Com efeito, a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório, pois seu conteúdo deve recair sobre as alegações das partes. De outro lado, não haveria por que exercitar a bilateralidade de audiência se não lhe fosse correlato o dever de motivação do ato jurisdicional.

Vislumbra-se, portanto, um nexos profundo e necessário entre a motivação das decisões judiciais e o contraditório prévio, de modo que um não pode ser plenamente exercido sem o outro, daí por que a presente investigação se assenta sobre estes dois pontos.

## 2 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL: APONTAMENTOS INICIAIS E FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS

O objetivo deste capítulo é indicar que se adota, neste trabalho, a concepção da ação como um “direito de dois tempos”, bem como apresentar os pontos controvertidos que circunscrevem o exercício do contraditório prévio ao juízo sobre a ação e o dever de motivação da decisão que recebe a denúncia e a queixa.

A abordagem destes temas não possui, neste momento, fundo teórico, tampouco crítico. O objetivo é apresentar os temas, a fim de ensaiar os próximos capítulos, estes sim, com aspiração teórica e crítica.

### 2.1 APONTAMENTOS INICIAIS: O DIREITO DE AÇÃO COMO UM “DIREITO DE DOIS TEMPOS”

O ponto de partida para a análise do juízo de admissibilidade da acusação e, sobretudo, do que ele representa em relação à ação, demanda que se traga a lume a concepção do direito de ação como um “direito de dois tempos”<sup>1</sup>.

De acordo com essa concepção, o direito de ação comporta duas dimensões.

A primeira, de caráter constitucional, corresponde ao poder de invocar a tutela jurisdicional. A ação aqui é vislumbrada como o meio de acionar a jurisdição, eis que esta é inerte, e seu exercício é incondicionado, pois não demanda o preenchimento de pré-requisitos.

Nesta dimensão, conforme esclarece Aury LOPES JÚNIOR, “não há como proibir ou impedir alguém de ajuizar uma queixa-crime ou de o Ministério Público oferecer uma denúncia”<sup>2</sup>:

No primeiro momento, estamos na dimensão constitucional do poder de invocar a tutela jurisdicional. Esse poder – *ius ut procedatur* – é completamente incondicionado. Ou seja, não existem condições para que a parte o exerça e tampouco possibilidades de impedir seu exercício. Não há

---

<sup>1</sup> A expressão é de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO.

<sup>2</sup> LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 368.

como proibir ou impedir alguém de ajuizar uma queixa-crime ou de o Ministério Público oferecer uma denúncia. Essa é a dimensão abstrata e incondicionada desse direito.<sup>3</sup>

A segunda dimensão situa-se após a invocação do aparato judiciário e nela a ação está sujeita ao preenchimento de requisitos de índole processual, denominados condições da ação<sup>4</sup>, cujo atendimento demonstra aptidão para instauração do processo.

Esta dimensão da ação, traduzida no juízo de admissibilidade da acusação, se justifica na medida em que serve como filtro a fulminar ações penais temerárias e abusivas. Neste sentido, Fernando Newton Bitencourt FOWLER aduz que no processo penal, considerando as graves repercussões que uma acusação pode gerar para o cidadão, a exigência de estarem presentes as condições da ação é uma garantia ao cidadão. Nas suas palavras:

Essa é a função política que devem desempenhar no processo penal as condições da ação: de garantia do *status libertatis* do cidadão, que só deve sofrer o gravame que o processo sempre representa, quando a acusação intentada contiver visos de viabilidade. Será inidônea e por isso não atenderá aos requisitos de sua admissibilidade, a acusação que não for formulada por parte ilegítima para a causa, da qual não derivar interesse legítimo da prestação jurisdicional reclamada, ou que não esteja fundada em descrição de fato penalmente ilícito imputado ao réu.<sup>5</sup>

Nesta dimensão, de acordo com Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, o direito de ação “não se trata do direito de qualquer um, mas de todos aqueles que preenchem determinados requisitos, determinadas condições.”<sup>6</sup> Sobre esta etapa de exame da ação, valiosa é a lição de Fernando FOWLER:

Na etapa prévia o que se examina é se o direito de ação reúne as condições mínimas para que seja conhecido e se possa proceder. Basta a dúvida a respeito de que um fato concreto tenha a aparência de delito para que se viabilize a instauração do processo. Trata-se, portanto, de um juízo de probabilidade. Se tal não ocorrer, o juízo a se estabelecer é o da negativa da ação por ausência de base razoável para se proceder, com o que perece o *jus accusationis*. Não há nesta fase um julgamento prévio do

<sup>3</sup> LOPES JÚNIOR, A. C. .L. **Direito processual...cit.**, pp. 368-369.

<sup>4</sup> As condições da ação serão objeto de estudo no capítulo 4, quando da análise do conteúdo do juízo de admissibilidade da ação penal.

<sup>5</sup> FOWLER, Fernando Newton Bitencourt. **Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma**. *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, n. 7, 1977, p. 89-90

<sup>6</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 145.

mérito da causa simplesmente porque este não está ainda em pauta. Julga-se apenas se a acusação possui a consistência necessária para justificar a instauração do processo. Superada esta etapa, filtrada com o reconhecimento da admissibilidade da acusação intentada instaura-se o processo justamente para que em sua fase instrutória perquiram-se sobre o conteúdo da acusação, na plenitude do contraditório, na busca da certeza em torno da existência ou não do delito que constitui o objeto da imputação.<sup>7</sup>

Do trecho transcrito, infere-se que o recebimento da inicial implica julgamento procedente da ação penal, enquanto que sua rejeição enseja a improcedência da ação. Assim, oferecida a denúncia ou queixa, esgota-se a ação, de modo que cabe ao juiz, à luz do artigo 395, do Código de Processo Penal<sup>8</sup>, julgá-la.

Julgada procedente a ação, pelo recebimento da denúncia ou queixa, insere-se o acusado no âmbito do processo, o qual, se desenvolvido regularmente, deságua na sentença penal de mérito, consoante aponta Jacinto COUTINHO:

... a jurisdição somente poderá ser exercida a partir de quando é provocada. Tal provocação dá-se através da ação, a qual é tida, basicamente, como um direito (para o Ministério Público, além disto, um dever) de se buscar e, se for o caso (preenchendo as condições exigidas pela lei), obter a tutela jurisdicional, de modo a que se possa vir a ter uma decisão de mérito.<sup>9</sup>

É essa a noção do direito de ação que permeia a presente dissertação e que destaca a importância do juízo de admissibilidade da acusação, seja para defender o contraditório prévio, seja para exigir sua fundamentação.

Como se pode perceber, a ação penal aqui referida é aquela que veicula uma acusação. Não se desconhece que há outras formas de ação penal – conforme exemplifica Marco Aurélio Nunes da SILVEIRA: pedido de declaração de extinção da punibilidade, revisão criminal, *habeas corpus* e pedido de arquivamento do inquérito

---

<sup>7</sup> FOWLER, F.N.B. **Anotações em torno...cit.**, p. 94.

<sup>8</sup> Não se desconhece os problemas técnicos da redação do artigo 395, do Código de Processo Penal. Todos eles serão tratados no capítulo 4. De qualquer sorte, vale registrar desde já o texto legal, *verbis*: A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

<sup>9</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 180.

policial<sup>10</sup> –, porém, o foco deste trabalho é a ação penal que traz em seu bojo uma acusação.

## 2.2 CONTROVÉRSIA EM TORNO DO MOMENTO DO RECEBIMENTO DA EXORDIAL ACUSATÓRIA: EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO PRÉVIO AO JUÍZO SOBRE A AÇÃO

A questão do exercício do contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da acusação ganhou especial atenção no âmbito doutrinário e jurisprudencial com o advento da Lei nº 11.719/2008, a qual suscitou intenso debate sobre o momento do recebimento da inicial acusatória.

A análise da questão passa pela compreensão daquilo que previa o Anteprojeto de Lei e do que ocorreu durante o trâmite do processo legislativo.

A reforma processual de 2008 é fruto do trabalho da Comissão de Juristas composta por membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual e presidida por Ada Pellegrini Grinover.<sup>11</sup> Esta Comissão teve como ponto de partida as propostas que haviam sido elaboradas por outra Comissão também encarregada da reforma parcial do Código de Processo Penal, mas que teve seus projetos retirados do Congresso Nacional para serem aperfeiçoados.

Dos trabalhos realizados pela então denominada “Comissão Grinover”, foram apresentados onze Anteprojetos de Lei, dentre eles, o Anteprojeto que previa a reforma dos procedimentos.

Entre as inúmeras inovações, pretendia-se consagrar o exercício do contraditório prévio ao exame da ação penal, conforme afirmou Ada Pellegrini GRINOVER ao discorrer sobre a proposta de alteração dos procedimentos:

---

<sup>10</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal**. 2008. Dissertação (Mestrado). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 83.

<sup>11</sup> Em outubro de 1999, o Instituto Brasileiro de Direito Processual foi convidado, pelo Ministério da Justiça, a apresentar propostas legislativas de reforma do Código de Processo Penal. Em janeiro de 2000, a Comissão foi oficialmente constituída pelo Ministério da Justiça, pela portaria número 61, que definiu o prazo de 90 dias para a entrega dos anteprojetos de Lei que deveriam ter, como base, trabalhos outrora apresentados. A “Comissão Grinover” era composta pelos seguintes membros: Ada Pellegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho, Antônio Gomes Magalhães Filho, Antônio Fernandes Scarance, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (mais tarde substituído por Rui Stoco), Rogerio Lauria Tucci e Sidnei Beneti.

Os procedimentos também passaram por uma profunda revisão, buscando a celeridade e a defesa efetiva, observados os esquemas do processo acusatório. As técnicas que garantem o atingimento destes objetivos são: a) a defesa do acusado antes do recebimento da denúncia ou queixa; b) possibilidade de absolvição sumária no momento do juízo de admissibilidade da acusação; c) o procedimento oral, realizado em uma só audiência, com o interrogatório do acusado tomado após a produção da prova; d) alegações finais e prolação da sentença em audiência.<sup>12</sup> (sem grifos no original)

A previsão do exercício do contraditório prévio foi assim redigida:

Artigo 395. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, ordenará a citação do acusado para responder a acusação por escrito, no prazo de dez dias, contados da data da juntada do mandado nos autos ou, no caso de citação por edital, do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.

A propósito, a “Comissão Grinover” não limitava o contraditório prévio ao rito comum ordinário e sumário; ele seria aplicado a todos os procedimentos penais de primeiro grau, previstos ou não no Código de Processo Penal. Para tanto, incluiu expressamente no Anteprojeto tal extensão, ao mencionar que os artigos referentes ao juízo de admissibilidade da ação e à manifestação prévia da defesa aplicar-se-iam a todos os procedimentos.<sup>13</sup>

A previsão do exercício do contraditório prévio e a sua extensão a todos os procedimentos penais de primeiro grau no Anteprojeto de Lei foi, à época, enaltecida pela doutrina, por conferir tratamento igualitário a todos os acusados, haja vista que alguns procedimentos já contemplavam tal providência.<sup>14</sup>

Ocorre que, durante o trâmite do Projeto de Lei no Congresso Nacional, uma alteração feita no âmbito da Câmara dos Deputados acabou por abalar o sobredito contraditório prévio.

---

<sup>12</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **A reforma do processo penal**. *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Org. Alexandre Wunderlich. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 5.

<sup>13</sup> Aduz Ada Pellegrini GRINOVER: “Disposição expressa determina a aplicação das normas atinentes à defesa anterior ao recebimento da acusação em todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não previstos neste Código.” (**A reforma...cit.**, p. 6.).

<sup>14</sup> “Acaba-se assim com o privilégio dos procedimentos relativos aos crimes praticados por funcionários públicos, aos crimes de imprensa e em caso de ação penal originária, o contraditório prévio passa a ser direito de todos, indistintamente, evitando-se desde logo os inconvenientes da ação penal temerária ou manifestamente infundada.” (TOVO, Paulo Cláudio. **Brevíssimas anotações aos anteprojetos do Código de Processo Penal**. *Estudos de direito processual penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 116.).

A emenda número 01, de 17 de maio de 2007, de autoria do Deputado João Campos, modificou a redação original do anteprojeto, e incluiu o verbo “receber” sob a forma de mesóclise no artigo 395. A nova redação foi assim redigida:

Nos procedimentos comum ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

A alteração foi rechaçada pelo Senado, onde se retomou à redação original do Anteprojeto de Lei, ao entendimento de que a redação proposta pela Câmara impediria o exercício do contraditório prévio.

Sem embargo, quando do retorno do Projeto de Lei à Câmara, aprovou-se em definitivo a redação proposta pelo Deputado João Campos, rejeitando-se a alteração intentada no Senado, sob a seguinte justificativa:

Emenda 08: Pretende alterar no caput do art. 395, do Código de Processo Penal, o termo ‘recebê-la-á’ sob a justificativa de que o ato de recebimento da denúncia está previsto no momento descrito no art. 399. O instrumento que é o processo, não pode ser mais importante do que a própria relação material que se discute nos autos. Sendo inepta de plano a denúncia ou queixa, razão não há para se mandar citar o réu e, somente após a apresentação de defesa deste, extinguir o feito. Melhor se mostra que o Juiz ao analisar a denúncia ou queixa ofertada fulmine relação processual infrutífera. Rejeita-se a alteração proposta pelo Senado.

Note-se que, ao rechaçar a pretensão do Senado no sentido de que o recebimento da acusação seria realizado após a resposta à acusação, a Câmara expressamente consignou que o juiz deve se manifestar antes da manifestação da defesa. Para tanto, apegou-se ao exemplo da inépcia da denúncia e, assim, acabou por comprometer todo o restante.

Ora, parece claro que a denúncia ou queixa inepta poderia, já no Anteprojeto, ser rejeitada liminarmente pelo juiz. É o que se extrai da expressão: “o juiz, se não a rejeitar liminarmente” contida no artigo 395 do Anteprojeto. No entanto, a julgar pela justificativa apresentada, a Câmara parece ter ignorado que o Anteprojeto já contemplava tal possibilidade.

Findo o trâmite legislativo, a Lei nº 11.719/2008 foi publicada com a inserção do termo “recebê-la-á”, em definitivo, no artigo 396.

A doutrina, então, iniciou debate acerca do momento do juízo de admissibilidade da ação penal. Isso porque, em que pese se tenha previsto o recebimento liminar da inicial, pela inclusão do termo “recebê-la-á” no artigo 396, o artigo 399 da legislação aprovada também faz menção ao recebimento da denúncia ou queixa, *verbis*: “recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.”

Das redações dos artigos 396 e 399, vislumbraram-se três posicionamentos: (i) o juízo sobre a ação é realizado na fase do artigo 396; (ii) o juízo sobre a ação é realizado na fase do artigo 399; e (iii) há duplo juízo sobre a ação, um na fase do artigo 396, de cunho provisório, e outro, definitivo, na fase do artigo de 399.

A maior parte da doutrina e da jurisprudência firmou entendimento de que o recebimento da peça vestibular se dá na fase do artigo 396.<sup>15</sup> São, basicamente, quatro os argumentos utilizados por este setor doutrinário.

O primeiro resulta da interpretação literal do artigo 396. Argumenta-se que o verbo recebê-la-á está a indicar que o recebimento da inicial ocorre nesta fase. Em relação à expressão “recebida” contida no artigo 399, argumenta-se que ela se refere à retomada do curso do procedimento caso, após a resposta à acusação, não incida nenhuma das hipóteses de absolvição sumária.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal**. 6ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 470; SANTOS, Leandro Galluzzi. **Procedimentos**. *As reformas do processo penal*. Coord. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 323; GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **O recebimento da denúncia e a Lei n. 11.719/2008**. *Revista da ESMP de São Paulo*. São Paulo, a. 1, n. 1, v. 2, jul./dez., 2009, p. 70); MARCÃO, Renato. **Recebimento da denúncia ou queixa: os arts. 396, caput, e 399, do CPP, com a redação da Lei n.º 11.719/2008**. Disponível no sítio eletrônico: <http://jus.com.br/revista/texto/11959/recebimento-da-denuncia-ou-queixa>. Acesso em: 12.03.2012; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 715; e OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 555.

<sup>16</sup> Neste sentido, pontua Eugenio Pacelli de OLIVEIRA: “A redação do anteprojeto que culminou na Lei 11.719/2009 tratava da matéria de modo diferente. Previa que o recebimento da denúncia somente se daria após a apresentação da resposta escrita. No entanto, o legislador brasileiro assim não quis. Preferiu manter a regra do recebimento prévio. Pode não ter seguido o melhor caminho, como até nós parece, mas prerrogativa constitucional para fazê-lo ele tinha. E fê-lo, para usar a linguagem então escolhida: ‘o juiz... recebe-la-á e ordenará a citação do acusado...’. *Como visto, com todas as letras!* Não há de causar perplexidade a expressão ‘recebida a denúncia...’ constante do art. 399, do CPP. Ali, cuida-se apenas de retomar o discurso procedimental para afirmar que, não sendo o caso de absolvição sumária (art. 397, CPP), o juiz designaria a audiência de instrução e julgamento. Nada mais.” (**Curso de processo... cit.**, p. 555.).

O segundo argumento resulta da conjugação dos artigos 363 e 396. Considera-se formado o processo com a citação do réu – artigo 363<sup>17</sup> – o que, segundo este setor doutrinário, estaria a indicar que recebimento da denúncia se dá na fase do artigo 395. Isso porque, se se considerasse o recebimento da inicial apenas na fase do artigo 399, o processo teria sido formado antes dele.

O terceiro argumento, assim como o segundo, também diz respeito à ordem sequencial dos atos processuais. Argumenta-se que se se considerasse o recebimento da inicial apenas na fase do artigo 399, haveria a possibilidade de absolvição sumária do réu sem a formação do processo.<sup>18</sup>

Por fim, o quarto argumento diz com a interrupção da prescrição. Neste ponto, a preocupação é o contraditório a de que o procedimento de citação do acusado pode atrasar o recebimento da inicial, daí por que se defende que o recebimento da denúncia ocorra na fase do artigo 396 e que, portanto, seja neste momento que se interrompa a prescrição (artigo 117, inciso I, do Código Penal).<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Dispõe o artigo 363, do Código de Processo Penal: O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado

<sup>18</sup> É neste sentido o posicionamento de Andrey Borges de MENDONÇA: “o caput do art. 363, com redação dada pela reforma. É explícito ao afirmar que o processo terá completada sua formação quando realizada a citação do acusado. Veja que o próprio art. 396 determina que, não rejeitada a denúncia, seja feita a citação do acusado. Ocorrendo a citação, o processo estará com a sua formação completa, nos termos do próprio art.363. Se assim é, impossível que esteja completa a relação jurídica sem que tenha ocorrido anterior recebimento da denúncia. Em outras palavras, não seria possível falar em processo completo – o que se dá com a citação do acusado – sem que houvesse ao menos recebimento da denúncia. Caso se entendesse que a citação ocorreria antes do recebimento da denúncia, existiria uma situação esdrúxula, pois o processo estaria com sua formação completa – relação triangular – sem que o juiz tivesse recebido a denúncia ou queixa! A interpretação em sentido contrário – de que o recebimento da denúncia ou queixa – somente ocorreria após a defesa escrita – afrontaria não apenas a interpretação sistemática, mas especialmente a redação do art. 363, introduzida pela reforma. Ademais, entendemos que seria logicamente impossível a absolvição sumária do acusado sem o anterior recebimento da denúncia, O juiz julgaria qual pretensão improcedente, se sequer recebeu a acusação? Absolveria o acusado de que, se sequer houve recebimento da denúncia? Seria incoerente, em nosso sentir, uma absolvição sem que houvesse processo, sem recebimento da denúncia.” (**Nova reforma do código de processo penal**. São Paulo: Método, 2008, p. 265-266).

Neste mesmo diapasão, confira-se o posicionamento de Renato MARCÃO: “A lei é clara ao determinar o efetivo recebimento da denúncia já por ocasião do art. 396 ( ... o juiz, se não a rejeitar liminarmente, "recebê-la-á" ...), e o curso do procedimento com a citação do acusado de molde a permitir que o processo tenha completada sua formação, como explicita o art. 363 do CPP, havendo harmonia entre estes dispositivos. Para que se tenha por completa a formação do processo é imprescindível se estabeleça a relação triangular que envolve a acusação (oferecimento da peça acusatória), o juiz (recebimento formal da acusação) e o réu (citação válida). Entender que o recebimento da denúncia só ocorre por ocasião do art. 399 do CPP acarreta negar vigência ao art. 363 do mesmo *Codex*, e também vigência parcial ao art. 396. (Disponível no sítio eletrônico: <http://jus.com.br/revista/texto/11959/recebimento-da-denuncia-ou-queixa>. Acesso em: 12.03.2013).

<sup>19</sup> É o que se infere da observação de Vitor Eduardo Rios GONÇALVES: “não pode haver um segundo recebimento de denúncia, já que isso causaria nova interrupção da prescrição e,

Por outro lado, há um segmento da doutrina que conclui pelo exercício do contraditório prévio no procedimento reformado em 2008, ainda que para tanto deva o intérprete se valer da técnica da interpretação conforme a Constituição.<sup>20</sup>

O reclame pela prática do contraditório funda-se, basicamente, nos seguintes aspectos: (i) necessidade de constitucionalização do processo penal (ii) isonomia no tratamento processual entre todos os acusados, haja vista que alguns procedimentos contemplam a defesa prévia, (iii) melhor possibilidade de exame da regularidade da ação penal – análise das condições da ação e pressupostos processuais – após a manifestação da defesa<sup>21</sup>, (iv) maior possibilidade de rejeitar

---

principalmente, porque, como já mencionado, o próprio texto de lei diz que, com a citação, a relação processual já se completou. O que se depreende, em verdade, é que o legislador pretendeu estabelecer que, se o juiz não absolver sumariamente o réu, após o oferecimento da resposta escrita, estará, lógica e implicitamente, confirmando o anterior recebimento da denúncia, porém, sem novo recebimento e sem nova interrupção da prescrição. Ao deixar de absolver sumariamente o acusado, o juiz autoriza a produção da prova em sua presença e designa a audiência.” (sem grifos no original – **O recebimento...cit.**, p 70.).

<sup>20</sup> BREDA, Antônio Acir. **A reforma do processo penal**. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, n. 21, 2008, p. 13; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Solução para o absurdo legal e técnico do novo art. 396 do CPP**. Disponível no sítio eletrônico: [http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-](http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/323593/?noticia=SOLUCAO+PARA+O+ABSURDO+LEGAL+E+TECNICO+DO+NOVO+ART+396+DO+CPP)

[justica/news/323593/?noticia=SOLUCAO+PARA+O+ABSURDO+LEGAL+E+TECNICO+DO+NOVO+ART+396+DO+CPP](http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/323593/?noticia=SOLUCAO+PARA+O+ABSURDO+LEGAL+E+TECNICO+DO+NOVO+ART+396+DO+CPP). Acesso em 25/02/2012; STRECK, Lenio Luiz. **O impasse na interpretação do artigo 396 do CPP**. Disponível no sítio eletrônico: [http://www.conjur.com.br/2008-set-18/impasse\\_interpretacao\\_artigo\\_396\\_cpp](http://www.conjur.com.br/2008-set-18/impasse_interpretacao_artigo_396_cpp). Acesso em 05/03/2012; POLI, Camilin Marcie de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **O contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da acusação**. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais - Unibrasil*, Curitiba, v. I, 2010. p. 127-138; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. IV. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 77; PRADO, Geraldo. **Sobre procedimentos e antinomias**. *Boletim IBCCRIM*. a 16, n. 190, set./2008, p. 5; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 426; NASCIMENTO, Paulo Sérgio Rangel do. **Direito processual penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 497; NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 447; e SILVA, Ivan Luís Marques da. **Reforma processual penal de 2008**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 35.

<sup>21</sup> Sobre este aspecto expõe Antonio Acir BREDA: “A acusação regular é, a rigor, o único pressuposto processual que o juiz deve examinar ao despachar a denúncia ou queixa. Todos os demais pressupostos processuais exigidos na fase postulatória de procedimento não leva à rejeição liminar da acusação, daí porque bastaria a norma do inciso I, sendo totalmente supérflua a primeira parte do inciso II. Assim, a falta da capacidade específica objetiva (competência material, territorial e funcional) determina que o juiz se abstenha de atuar na causa, remetendo os autos à autoridade jurisdicional competente (art. 109, CPP). A falta de capacidade específica subjetiva (impedimento, suspeição ou incompatibilidade), outro pressuposto processual de validade da relação processual, também impõe que o juiz se abstenha, sob pena de ser recusado pelas partes. A originalidade da causa (ausência de litispendência e coisa julgada), pressuposto da válida constituição da relação processual, também não leva à rejeição liminar da acusação, até porque o problema do *ne bis in idem* surge quando arguido pela defesa, em exceção ou em defesa preliminar. Trata-se de típica objeção processual a ser declarada em qualquer fase do procedimento, independente de arguição das partes. Os demais pressupostos de validade (citação inicial, intervenção das partes no curso do procedimento, capacidade postulatória, adoção do tipo legal do procedimento, etc.) não incidem sobre o juízo liminar de admissibilidade da acusação. Como se vê, há grave equívoco do legislador ao referir que a denúncia ou queixa será rejeitada quando faltar pressuposto processual. A toda evidência, a matéria pertinente à válida constituição do processo e seu regular desenvolvimento é assunto para ser

“imputações temerárias e levianas” e, com isso, “evitar a escandalosa publicidade do julgamento” e a consequente estigmatização do acusado.<sup>22</sup>

Antonio Acir BREDA, por exemplo, sustenta que o juízo de admissibilidade positivo da ação somente na fase do artigo 399, do Código de Processo Penal, uma vez que a supressão da defesa efetivamente prévia é incompatível com a Constituição.<sup>23</sup>

Analisando a questão, TOURINHO FILHO afirma que o juízo de admissibilidade é feito após a resposta à acusação. Para tanto, argumenta que, em que pese a redação do artigo 396 do Código de Processo Penal, caso a ação penal não seja liminarmente rejeitada, o juiz determinará a “notificação” do acusado para que apresente sua manifestação. Julgada procedente a ação, segundo o autor, o juiz designará dia e hora para audiência de instrução e julgamento, ato para o qual o acusado será citado.<sup>24</sup>

Esta é a orientação traçada por Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO<sup>25</sup> e Lenio Luiz STRECK<sup>26</sup>, porém, sob o prisma da jurisdição constitucional e, mais especificamente, da técnica da interpretação conforme à Constituição.

Com efeito, um dos óbices ao exercício do contraditório prévio, consoante se viu acima, é a conjugação do termo “citação” previsto no artigo 396 e o disposto no artigo 363.

---

examinado após a resposta escrita e antes da designação da audiência de instrução e julgamento.” (A reforma...cit., p. 7-8.).

<sup>22</sup> Neste diapasão, argumenta Maria Thereza Rocha de Assis MOURA: “Temos para nós que seria de grande valia, tanto para a preservação da liberdade jurídica do indivíduo como para a segurança da sociedade, a ocorrência de uma análise prévia da legitimidade da denúncia ou queixa, arriada não só nas questões de Direito, como também nos elementos ou peças de informação, colhidos na fase investigatória. Deveria ser assegurado àquele em face de quem recai a coerção estatal um contraditório prévio, em que se lhe permitisse, no dizer de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, a oportunidade de ‘dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os fatos e de destruir a prevenção no nascedouro’. O exame prévio da legitimidade da acusação propiciaria, ainda, à defesa ‘meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento’, possibilitando à rejeição de ‘imputações temerárias e levianas’ e preservando o inocente contra injusta acusação.” (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis Moura. **Justa causa para ação penal de natureza condenatória**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, p. 236-237.).

<sup>23</sup> Pontua o autor: “numa interpretação conforme a Constituição, não há como compatibilizar as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com eventual entendimento de que o despacho a que alude o art. 396 – simples deferimento da petição inicial – tem natureza de ato jurisdicional, capaz de produzir reflexos, inclusive na interrupção da prescrição.” (BREDA, A. A. **A reforma... cit.**, p. 13.).

<sup>24</sup> TOURINHO FILHO, F. C. **Processo Penal...cit.**, p. 77-82.

<sup>25</sup> COUTINHO, J. N. M.. **Solução para...cit.**, acesso em 25/02/2012.

<sup>26</sup> STRECK, L. L. **O impasse...cit.**, acesso em 5/3/2013.

Diante deste impasse é que Lenio STRECK propõe a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição, a fim de que o juiz, se não rejeitar a denúncia ou queixa, determine a “notificação” do acusado, e, assim, o processo somente seria formado após a resposta escrita, oportunidade em que o magistrado, se recebesse a inicial, citaria o acusado.<sup>27</sup>

Há, ainda, quem sustente que a Lei 11.719/08 contemplou duplo juízo de admissibilidade da ação penal: o primeiro (na fase do artigo 396), cuja finalidade seria “determinar se os requisitos formais estão satisfeitos como critério para se decidir sobre a citação”<sup>28</sup>, e o segundo (na fase do artigo 399 do Código de Processo Penal), que munido do contraditório prévio, melhor poderia analisar as condições da ação e pressupostos processuais ou, ainda, eventualmente, concluir pela absolvição sumária do acusado, após recebida a inicial. Neste sentido se manifestam, por exemplo, Flaviane de Magalhães BARROS<sup>29</sup>, Nereu José GIACOMOLLI<sup>30</sup>, Antonio Scarance FERNANDES e Mariangela LOPES<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Infere-se da lição de Lenio STRECK: “A solução, portanto, é a aplicação da técnica da verfassungskonforme Auslegung (interpretação conforme a Constituição). Esta operação de jurisdição constitucional elimina a possibilidade de uma duplicidade de “fases”, porque, onde está escrito citação, leia-se notificação. A fórmula — seguindo a equação “a norma é o resultado da interpretação do texto” — será: “O dispositivo do art. 396 somente é constitucional se entendido no sentido de que, não rejeitada liminarmente a denúncia ou a queixa, o juiz recebê-la-á e ordenará a notificação do acusado para responder a acusação no prazo de dez dias, por escrito”. Recordemos: “O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado” (art. 363), ou seja, feita citação já se terá processo e, assim, o que se decidirá (sendo ele o due processo of law, naturalmente), daí por diante, não é mais a ação. A regra do artigo 396, assim — se não se fizer a verfassungskonforme Auslegung — estará quebrando/violando o sistema constitucional processual, o que vem reforçado pela redação do artigo 397, quando permite uma “absolvição sumária”, inclusive em razão da extinção da punibilidade (sic). Desta forma, o processo somente será instaurado após a defesa escrita e circunstanciada. Essa é a chave do problema. Citação implica processo penal instaurado. E isso não pode ocorrer se quisermos preservar a tese de que a reforma veio para instaurar o império da igualdade, da ampla defesa e do contraditório. É este o ponto fulcral, resolvido, agora, em sede de interpretação conforme a Constituição, até para não tornar inútil o artigo 399.” (**O impasse...cit.**, acesso em 5/3/2013).

<sup>28</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 142.

<sup>29</sup> Id. Ibid.

<sup>30</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 64.

<sup>31</sup> Neste sentido asseveram Antonio Scarance FERNANDES e Mariângela LOPES: “Como se extrai do artigo 396, o primeiro recebimento está ligado à não rejeição liminar da denúncia ou queixa, ou, em outras palavras, ele ocorre quando há viabilidade de se dar seguimento ao processo, porque numa análise preliminar, não razão para se repelir a acusação. Não mais do que isso. Pode-se até mesmo afirmar que se trata de um recebimento preliminar, provisório. Depois dele, o acusado será citado para apresentar a resposta, mais ainda se segue na fase de admissibilidade de acusação, ainda não encerrada. Também se retira do artigo 399 que, se após a resposta do acusado, os seus argumentos não forem acolhidos, o juiz não rejeitará a denúncia ou queixa, não absolverá sumariamente, e, então, receberá a peça acusatória, encaminhando o processo para a fase seguinte do julgamento. A existência de dois juízos de admissibilidade não é fenômeno novo. Isso ocorre,

Pois bem, estes são os pontos controvertidos em relação ao exercício do contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da ação penal.

No próximo capítulo, a questão será abordada a partir do estudo das teorias do processo, cujo desenvolvimento indica a necessidade da construção da decisão judicial a partir do contraditório paritário.

## 2.3 CONTROVÉRSIA EM TORNO DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA OU QUEIXA

A controvérsia em torno do dever de fundamentação do juízo sobre a ação envolve a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Isso porque foi no âmbito deste Tribunal que a questão foi debatida e consolidada no sentido de que o ato dispensa motivação.

No âmbito doutrinário, exceto no que concerne à doutrina anterior a Constituição da República de 1988, entende-se, de forma majoritária, que o ato exige fundamentação. Colhe-se da doutrina atual:

A decisão de recebimento da denúncia deve ser, à luz do garantismo penal, fundamentado, pois é garantia para todos os cidadãos que todas as decisões judiciais serão fundamentadas, sob pena de nulidade (cf. art. 93, IX, CFRB).

A praxe de se receber a peça exordial sem manifestar fundamentadamente as razões pelas quais assim se procede não encontra amparo na Constituição, pois todas as decisões judiciais devem ser motivadas, sem exceção.<sup>32</sup>

Em síntese, tal juízo, sempre fundamentado, contribuiria para impedir a formulação de imputação precipitadas e temerárias e diminuiria, via de consequência, a impetração de habeas corpus, visando ao trancamento da ação penal por falta de justa causa.<sup>33</sup>

---

entre nós, nos processos de júri. Em outros países, também eles são encontrados.” (FERNANDES, Antonio Scarance; LOPES, Mariângela. **O recebimento da denúncia no novo procedimento.** *Boletim IBCCRIM.* a 16, n. 190. Set./2008, p. 2.). Flaviane de Magalhães BARROS esclarece que, no que toca à interrupção da prescrição pelo recebimento da denúncia ou queixa, conforme prescreve o artigo 117, inciso I, do Código Penal, somente o segundo recebimento teria este efeito: “Desse modo, considerando-se que uma decisão, para se aperfeiçoar, deve garantir a participação prévia dos afetados, defesa e acusação, é mais adequado que os efeitos totais do recebimento da denúncia somente ocorram na decisão do juiz proferida após o contraditório, que aprecia o pedido da defesa de rejeição da denúncia ou de absolvição sumária. Desta feita, o termo para interrupção da prescrição deve ser a decisão definitiva sobre o início do processo e da instrução probatória.” **((Re)forma do processo... cit., p. 143.)**

<sup>32</sup> NASCIMENTO, P. R. **Direito processual... cit.,** p. 495.

<sup>33</sup> MOURA, M. T. R. A. **Justa causa...cit.,** , p. 225.

A decisão do Juiz, recebendo a denúncia, envolve um juízo de admissibilidade da ação. Ao recebê-la, o Juiz procurou ver se o direito de ação era viável, isto é, se estavam satisfeitas as condições da ação; analisou a regularidade formal da peça acusatória, isto é, se estavam satisfeitas as exigências do art. 41 do CPP; se havia ou não a assinatura do Promotor de Justiça com exercício naquele juízo, e, por último, procedeu a um exame sobre a validade da relação processual (problema de competência, quer a objetiva ou subjetiva, e, às vezes, de outros pressupostos processuais). Há, assim, um julgamento do Juiz no despacho liminar, por meio do qual ele recebe a peça acusatória. Trata-se de uma decisão.<sup>34 35</sup>

Minoritariamente, atualmente, Denilson FEITOZA entende que o recebimento da denúncia e da queixa dispensa motivação:

Como regra, o juiz não precisa fundamentar a decisão de recebimento da denúncia ou queixa, pois se trata de mera decisão interlocutória simples. O juiz pode se limitar a receber a denúncia ou queixa.

Contudo, nos crimes falimentares, devia fundamentar (art. 109, § 2º, do Decreto-Lei nº 7.661/1945 – Lei de Falência, que se refere a despacho fundamentado).

A regra é não haver recurso para a decisão de recebimento da denúncia ou queixa. Pode-se, dependendo do caso concreto, impetrar *habeas corpus*<sup>36</sup>.

É, no entanto, a doutrina anterior à Constituição da República de 1988 – representada, principalmente, por José Frederico MARQUES, Florêncio de ABREU e Eduardo ESPÍNOLA FILHO – que influenciou a Corte a concluir pela dispensa da motivação.

Em verdade, conforme se demonstrará no capítulo 4, embora o Supremo Tribunal Federal faça referência a esses autores, não se pode afirmar que eles tinham sob suas lentes a preocupação com a motivação do recebimento da denúncia ou queixa. A doutrina da época buscou classificar o ato, a partir das categorias previstas no artigo 800, do Código de Processo Penal e tratou do seu conteúdo.

---

<sup>34</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. IV. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 324.

<sup>35</sup> No mesmo sentido, se posicionam outros autores: BARROS, F. M. **(Re)forma do processo...cit.**, p. 142-143. MENDONÇA, A. B. **Nova reforma...cit.**, p. 265. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Notas sobre o juízo de admissibilidade da acusação no anteprojeto de reforma do código de processo penal**. *O novo processo penal à luz da Constituição*. Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 192.

<sup>36</sup> FEITOZA, D. **Direito processual...cit.**, p. 300.

A questão da motivação do recebimento da denúncia e da queixa apenas ganhou relevância a partir da ordem constitucional promulgada em 1988, pois foi ela que consagrou o dever de motivação de todas as decisões judiciais. Aí então, valendo-se da doutrina anterior à Constituição, e, portanto, descomprometida com a previsão constitucional, é que o Supremo Tribunal Federal tachou o ato ora como despacho de expediente, ora como decisão interlocutória simples.

Nos dois casos, consagrou o entendimento de que o ato não se amolda ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição, razão pela qual não reconhece a nulidade das decisões que recebem a ação penal sem declinar seus fundamentos.

O estudo levado a efeito no capítulo 4 analisa julgados do Supremo Tribunal Federal desde o ano de 1949. A pesquisa obteve mais de mil resultados. Dentre estes foi possível identificar quais julgados foram responsáveis por consolidar o entendimento da Corte e influenciar os demais tribunais. São eles: *Habeas Corpus* nº 31.078, de 26/11/1949, *Habeas Corpus* nº 38.833, de 29/11/1961, Recurso Extraordinário nº 74.297, de 21/11/1973, *Habeas Corpus* nº 70.763, de 28/6/1994, *Habeas Corpus* nº 72.286-5, de 28/11/1995, *Habeas Corpus* nº 93.056-5, de 16/12/2008 e Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 107.066, de 12/11/2013.

Em suma, são cinco os argumentos invocados pelo Supremo Tribunal Federal para afastar a necessidade de motivação do ato de recebimento da denúncia ou queixa: (i) a irrecorribilidade do ato; (ii) a sua equiparação com o despacho que ordena a citação do réu no processo civil; (iii) poder ser implícita a admissão da ação e não estar o ato alcançado pelo disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição; (iv) ser o ato mero despacho de admissão da ação penal em juízo; e (v) evitar o pré-julgamento do mérito da causa na fase do recebimento da peça acusatória.

Em oposição a este posicionamento, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já se manifestaram no sentido de que o recebimento da ação penal demanda motivação. No âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a necessidade de fundamentação foi assim entendida:

Embargos infringentes. Nulidade do julgamento de segunda instância: preliminar levantada *ex officio* pelo Relator e rejeitada pelo Colegiado, por maioria.

Nulidade da decisão de recebimento da denúncia, por ausência de fundamentação: vício que, malgrado existente, contamina apenas o próprio decisório despojado de fundamentação, não se confundindo com a nulidade do processo, cujo trâmite observou os ditames legais. Rejeitada a preliminar levantada *ex officio* pelo Relator, desacolheram os embargos. Por maioria.<sup>37</sup>

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu que o recebimento da denúncia demanda motivação e também ser cabível o exercício do contraditório prévio:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL, ATIPICIDADE DA CONDUTA E INÉPCIA DA DENÚNCIA. CORRETA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 396 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. LEI 11.719/08 QUE ACOLHE A ESTRUTURA TRIFÁSICA DO PROCEDIMENTO, ANCORADA NO JUSTO PROPÓSITO DE INTRODUIR UMA ETAPA DE DEBATE CONTRADITÓRIO PARA A ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO E COM ISSO EVITAR SITUAÇÕES DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. IMPRESCINDIBILIDADE DO CONTRADITÓRIO PRÉVIO E NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBE OU NÃO A DENÚNCIA.<sup>38</sup>

São, sem dúvidas, julgados em conformidade com a Constituição, porém são casos isolados.

O Superior Tribunal de Justiça segue o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. APRECIÇÃO DO RECURSO INVIABILIZADA. ATO JUDICIAL QUE RECEBE A DENÚNCIA PRESCINDE DE MOTIVAÇÃO. ANÁLISE DA AUSÊNCIA DE DOLO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INDEFERIMENTO DE PEDIDOS DE PRODUÇÃO DE PROVA. FACULDADE DO JULGADOR.

1. Ausência de demonstração do dissídio jurisprudencial, como preceituam os artigos 541, parágrafo único, do CPC, c/c o 255, § 1º, e 2º, do RISTJ, inviabiliza a apreciação do recurso.

2. De acordo com o entendimento jurisprudencial sedimentado nesta Corte de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o ato judicial que recebe a denúncia, ou seja, aquele a que se faz referência no art.

396 do CPP, por não possuir conteúdo decisório, prescinde da motivação elencada no art. 93, inciso IX, da Constituição da República. Precedentes.

<sup>37</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70032252835. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. 18/01/2010.

<sup>38</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus* nº 0062582-85.2010.8.19.0000 Relator: Geraldo Prado. 15/04/2011.

3. O exame da insurgência, análise da ausência de dolo, demanda a incursão no conjunto probatório dos autos, medida vedada em sede de recurso especial.
4. Como é sabido, incumbe ao julgador, verdadeiro destinatário das provas, avaliar a necessidade de produção de cada um dos meios probatórios indicados pelas partes, indeferindo aqueles que forem protelatórios ou desnecessários ao julgamento da lide.
5. Não trazendo a agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão agravada na íntegra, por seus próprios fundamentos.
6. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>39</sup>

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 1. CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA QUALIFICADA EM CONTINUAÇÃO 2. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NECESSÁRIA INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. 3. JUÍZO DE PRELIBAÇÃO. DESNECESSIDADE. FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. 4. RECURSO IMPROVIDO.

1. O trancamento da ação penal, por ser medida de exceção, somente é cabível quando se demonstrar, à luz da evidência, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou outras situações comprováveis de plano, suficientes para o prematuro encerramento da persecução penal, o que não ocorre na espécie.
2. No caso, é impossível reconhecer como inequívoca a inexistência de suporte probatório para apoiar a deflagração da ação penal, pois o Tribunal de origem declarou haver indícios de autoria e materialidade do crime e o habeas corpus não é instrumento adequado à discussão aprofundada a respeito de provas e fatos. Precedentes.
3. "Não se exige que o ato de recebimento da denúncia seja fundamentado. O ato judicial que formaliza o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público não se qualifica nem equipara, para os fins a que se refere o art. 93, inciso IX, da Constituição, a ato de caráter decisório. O juízo positivo de admissibilidade da acusação penal, ainda que desejável e conveniente a sua motivação, não reclama, contudo, fundamentação" (HC 93.065/PE, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 16/12/2008).
4. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.<sup>40</sup>

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESPACHO DE RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça, perfilhando-se ao posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, consagrou o entendimento de inexigibilidade de fundamentação complexa no despacho de recebimento da denúncia, em virtude de sua natureza interlocutória, não se equiparando à decisão judicial a que se refere o art. 93, IX da Constituição Federal. Precedentes.
2. Ordem denegada.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo nº 1163796. Relator: Og Fernandes. 5/8/2013.

<sup>40</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 36974. Relator: Marco Aurélio Bellizze. 19/3/2014.

<sup>41</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 142078/SP. Relatora: Laurita Vaz. 07/11/2011.

No capítulo 4 da presente dissertação, após minuciosa análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal, os argumentos do Tribunal serão enfrentados um a um, no intuito de rechaçar o entendimento de que o juízo positivo sobre a ação dispensa motivação.

### 3 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL E AS TEORIAS DO PROCESSO: FORMA DE ATUAÇÃO DAS PARTES NO ITER PROCEDIMENTAL

*La situación del procesalista, inquilino una casa cuyos cimientos carecen de la solidez necesaria, es bastante incómoda; pero pese a ello, vamos a suministrar una visión del proceso lo más aproximada posible, dentro de nuestras fuerzas.*<sup>42</sup>

#### 3.1 A IMPORTÂNCIA DE SE ESTUDAR AS TEORIAS DO PROCESSO PARA O DESENVOLVIMENTO DA TEMÁTICA DO CONTRADITÓRIO PRÉVIO AO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL.

O estudo das teorias do processo legitima o exercício do contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da ação penal. Isso porque, ao definir a estrutura jurídica do processo, as teorias se ocuparam em delinear a atuação das partes no deslinde do procedimento.

A construção teórica acerca do processo erigiu o imputado à condição de sujeito de direitos e, à medida em que se aperfeiçoou a sua concepção de processo, vislumbrou-se a necessidade de participação do acusado na construção do provimento jurisdicional, em simetria à acusação.

Pois bem. Não obstante a existência de inúmeras teorias acerca do processo, a presente investigação limitar-se-á a discorrer sobre três delas, dada a sua repercussão no processo penal. São elas: a teoria do processo como relação jurídica (Oskar BÜLOW), a teoria do processo como situação jurídica (James GOLDSCHMIDT) e a teoria do processo como procedimento em contraditório (Elio FAZZALARI).

No que toca o juízo de admissibilidade da ação e a atuação das partes no deslinde do procedimento, já vale antecipar que em BÜLOW as partes praticam atos processuais em decorrência de direitos e deveres de cunho processual; em GOLDSCHMIDT, as partes atuam em decorrência de chances e cargas processuais, e, em FAZZALARI, as partes atuam em perfeita simetria para a construção do provimento jurisdicional em decorrência das suas posições jurídicas subjetivas.

Desde início, reconhece-se que estes autores – principalmente BÜLOW e GOLDSCHMIDT – e suas teorias tinham por escopo estudar a atividade processual

---

<sup>42</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso.** Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 104.

no campo no processo civil. Sem embargo de, por vezes, tratarem do processo penal, o seu principal objeto de estudo era o processo civil. No caso de FAZZALARI, especificamente, seu objetivo era cunhar uma teoria geral do processo.

Desta forma, não é de todo improcedente a crítica que se pode dirigir ao presente trabalho, no sentido de tomar como base teorias cunhadas para o processo civil ou para a teoria geral do processo. Porém, não se pode perder de vista que estas três teorias repercutiram sobremaneira no processo penal.

À época de BÜLOW e GOLDSCHMIDT a tônica era sedimentar a autonomia do direito processual em relação ao direito material. Em FAZZALARI, a tônica era distinguir o processo daquilo que, embora pudesse parecer processo, não o era.

A preocupação em demonstrar a propriedade e impropriedade de uma teoria geral do processo é recente – e ainda encontra resistências – e tem sido da doutrina atual o trabalho de construir uma teoria que busque a estrutura jurídica do processo penal.

Feita esta observação inicial, no sentido de justificar o desenvolvimento do presente capítulo, bem como de esclarecer que não se desconhece eventual crítica que pode ser dirigida à apresentação das teorias do processo de BÜLOW, GOLDSCHMIDT e FAZZALARI, passa-se às classificações cunhadas pela doutrina, a fim de sistematizar o estudo das teorias do processo.

### 3.2 CLASSIFICAÇÕES EM TORNO DAS TEORIAS DO PROCESSO

Pedro ARAGONESES ALONSO identificou três grandes grupos de teorias acerca do processo. São elas: a) teorias que utilizam categorias de outros ramos do direito; b) teorias que utilizam categorias jurídicas próprias; e c) teorias mistas.<sup>43</sup>

Em relação às teorias que utilizam categorias de outros ramos do direito, ARAGONESES ALONSO subdivide as teorias entre teorias do direito privado e teorias do direito público. Na primeira categoria encaixa as teorias do processo como contrato, quase-contrato e acordo. Na segunda categoria encaixa as teorias do processo como relação jurídica, como serviço público e como instituição.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal**. Madrid: Aguilar, 1960. p. 156-206.

<sup>44</sup> ARAGONESES ALONSO, P. **Proceso y derecho...cit.**, p. 157-184.

Em relação às teorias que utilizam categorias jurídicas próprias, ARAGONESES ALONSO aponta as teorias do processo como estado de ligação e como situação jurídica.<sup>45</sup>

Por fim, em relação às teorias mistas, ARAGONESES ALONSO aponta as teorias da vontade vinculatória autárquica da lei, do processo como relação que se desenvolve em situações e do processo como entidade jurídica complexa.<sup>46</sup>

Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, por sua vez, enumera duas grandes teorias. A primeira possui cunho privatista, na qual se encaixa a teoria do processo como contrato e quase-contrato.<sup>47</sup> A segunda possui cunho publicista, na qual se encaixa a teoria do processo como relação jurídica e situação jurídica.<sup>48</sup>

Hugo ALSINA não propõe propriamente uma classificação, mas assevera que quatro teorias buscaram explicar a estrutura jurídica do processo. São elas: a teoria contratualista, a teoria da relação jurídica, a teoria da situação jurídica e a teoria da pluralidade de relações.<sup>49</sup>

Para efeito do presente trabalho, consoante já se adiantou, serão analisadas as teorias do processo de BÜLOW, GOLDSCHMIDT e FAZZALARI. É de se notar que a teoria do processo como procedimento em contraditório não foi elencada pelos autores acima citados. Isso porque a teoria fazzalariana passou a ser construída a partir do ano de 1957 e somente em 1975, com a publicação da obra “Instituições de direito processual”, a teoria do autor ganhou maior repercussão.

Antes de ingressar no estudo da teoria do processo como relação jurídica, cabe tecer algumas considerações acerca das teorias privatistas do processo, a fim de compreenda quais foram os postulados que a doutrina de BÜLOW superou e, por conseguinte, se possa entender o caráter publicista do processo.

### 3.3 BREVES NOTAS ACERCA DO PROCESSO ROMANO E SEU CARÁTER PRIVATÍSTICO

---

<sup>45</sup> ARAGONESES ALONSO, P. **Proceso y derecho...cit.**, p. 184-198.

<sup>46</sup> ARAGONESES ALONSO, P. **Proceso y derecho...cit.**, p. 198-206.

<sup>47</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. **Proceso, autocomposición...cit.**, p. 123-124.

<sup>48</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. **Proceso, autocomposición... cit.**, p. 124-130.

<sup>49</sup> ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil e comercial**. v. I. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1941, p. 239.

São duas as teorias que buscaram fixar a estrutura jurídica do processo no direito privado. A teoria do processo como contrato e a teoria do processo como quase-contrato. Ambas remontam ao processo romano e são denominadas contratualistas, porque os seus respectivos procedimentos traziam em seu bojo um acordo – a *litiscontestatio* – através do qual as partes concordavam em submeter o litígio ao juiz popular e acatar sua decisão.<sup>50</sup>

A *litiscontestatio*, em sua concepção original, privatista, estava prevista no processo romano denominado *legis actiones* e no processo formulário.<sup>51</sup>

O mais antigo dos sistemas do processo romano é o das ações da lei (*legis actiones*), do qual a maior parte das informações de que se dispõe provém do quarto livro das *Institutas* de Gaio.<sup>52</sup> O processo contemplava duas fases: *in iure* e *apud iudicem*.

A primeira fase (*in iure*) tinha início com a presença das partes perante o magistrado<sup>53</sup>. Era incumbência do autor da demanda providenciar o comparecimento do réu à presença do magistrado. Tratava-se de procedimento eminentemente privado<sup>54</sup>, previsto na Tábua I da Lei das XII Tábuas, *verbis*:

---

<sup>50</sup> Neste sentido, aduz Hugo ALSINA: “La teoría contractualista supone la existencia de una convención entre el actor y el demandado, en la que se fijan los puntos del litigio y en la que tiene su fuente es poderes del juez. Su antecedente se remonta a la *litiscontestatio* del derecho romano, expresión que, según hemos visto, proviene de la presencia de cinco testigos en el sistema de las acciones de la ley, quienes luego expresaban ante el juez la forma como había quedado trabada la *litis* ante el magistrado y de cuyos puntos no podía aquél apartarse en la sentencia. El procedimiento formulario suprimió los testigos, substituyéndolos por la fórmula, pero mantuvo la división de la instancia y el principio de la limitación de las facultades del juez. En ambos casos era indispensable la presencia del demandado, y por eso se autorizaron diversas medidas para hacerla efectiva, como la *in jus vocatio* forzada, las *vandimonia*, la *missio in possessionem bonorum*, etc.” (**Tratado teórico...cit.**, p. 239-240).

<sup>51</sup> O direito romano conheceu três formas de processo: o processo das ações da lei (*legis actiones*), o processo formulário (*per formulas*) e o processo da *extraordinaria cognitio*. Não é possível perquirir com precisão o período de vigência de cada tipo de processo, pois não há uma superação abrupta entre os sistemas, mas sim uma substituição gradativa de um por outro. Não se pode excluir que, por vezes, tipos diferentes de processo coexistiram na mesma localidade. (AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 193.).

<sup>52</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. v. 1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 238.

<sup>53</sup> Consoante aduz José CRETELLA JÚNIOR: “A concatenação do processo só se efetiva pelo comparecimento das partes diante dos magistrados.” (**Curso de direito romano**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 414.).

<sup>54</sup> Sobre a citação (*in ius vocatio*) no procedimento transcrito: “Ato essencialmente privado, não comportando, por isso, qual ingerência ou auxílio de órgãos jurisdicionais. Aquele que pretendia fazer valer o seu direito em juízo, devia assegurar, pelos meios de que dispunha, isto é, pelos seus próprios meios, o comparecimento do demandado.” (AZEVEDO, L.C.; TUCCI, J. R. C.. **Lições de história...cit.**, p. 56)

1. Se alguém for chamado a Juízo, compareça.
2. Se não comparecer, aquele que o citou tome testemunhas e o prenda.
3. Se procurar enganar ou fugir, o que citou poderá lançar mão sobre o citado.
4. Se uma doença ou a velhice impedir de andar, o que o citou lhe forneça um cavalo.
5. Se não aceitá-lo, que forneça um carro, sem a obrigação de dá-lo coberto.

Presentes as partes à presença do magistrado, “as partes recitavam as fórmulas solenes e faziam os gestos rituais próprios de cada uma das ações da lei<sup>55</sup>.”<sup>56</sup> Se o réu admitisse, de plano, a procedência da pretensão, o magistrado concedia ao autor o que era por ele pleiteado.<sup>57</sup> Se o réu contestasse a pretensão, considerava-se a formada *litiscontestatio* pelo ato solene do debate travado entre as partes perante o magistrado e cinco testemunhas. Às testemunhas cabia descrever ao juiz popular o ocorrido na fase *in iure*.<sup>58</sup>

Realizada a *litiscontestatio*, um juiz (*iudex*) – que não era um funcionário público, mas sim um particular – era nomeado para julgar o caso. Passava-se, assim, à fase *apud iudicem*. À presença do *iudex*, as partes argumentavam e produziam provas. Cabia, então, ao *iudex*, prolatar a sentença, absolutória ou condenatória.<sup>59</sup>

Entre as características da *legis actiones*, infere-se que o processo romano das ações da lei obedecia “a rituais imutáveis, a gestos e palavras solenes, predeterminadas. Os litigantes, neste processo, deviam empregar *verba certa*, pronunciando fórmulas orais prescritas.<sup>60</sup> Tal formalismo exarcebado tornaram-nas – para usar a expressão de Gaio – odiosas:

---

<sup>55</sup> As ações da lei, segundo se infere do texto de Gaio, eram marcadas pela tipicidade e somente eram cinco. Extrai-se do item 4.12 das Instituições: *sacramentum, iudicis postulatio, condictio, manus iniectio e pignoris capio*.

<sup>56</sup> ALVES, J. C. M. **Direito romano...cit.**, p. 240.

<sup>57</sup> CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito... cit.** p. 415.

<sup>58</sup> Sobre a *litiscontestatio* neste período, aduz José Carlos MOREIRA ALVES: “Finalmente, como as fórmulas utilizadas pelos litigantes para fixar o litígio eram orais, eles (não se sabe se antes, ou depois, da nomeação do *iudex*) tomavam os assistentes da audiência como testemunhas de que estava instaurado o contraditório, e a esse ato solene se dava a denominação de *litiscontestatio*.” (**Direito romano...cit.**, p. 240-241.). Segundo Hugo ALSINA: La *litiscontestatio* del derecho romano, expresión que, según hemos visto, proviene de la presencia de cinco testigos en el sistema de las acciones de la ley, quienes luego expresaban ante el juez la forma como había quedado trabada la litis ante el magistrado y de cuyos puntos no podía aquél apartarse en la sentencia. (**Tratado teórico...cit.**, p. 239.)

<sup>59</sup> ALVES, J. C. M. **Direito romano...cit.**, p. 241.

<sup>60</sup> CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito...cit.**, p. 413.

Mas todas as ações da lei tornaram-se a pouco e pouco odiosas. Pois, dada a extrema sutileza dos antigos fundadores do direito, chegou-se à situação de, quem cometesse o menor erro, perder a causa. Por isso, aboliram-se as ações da lei pela Lei Ebúcia e pelas duas Leis Júlias, levando os processos a se realizarem por palavras fixas i. é., por fórmulas.<sup>61</sup>

Para ilustrar o formalismo das ações da lei, Gaio menciona o caso das videiras:

As ações usadas pelos antigos chamavam-se ações da lei, seja por se originarem das leis (pois, no tempo, não existiam ainda os éditos do pretor, introdutórios de várias ações), seja por se conformarem as palavras das próprias leis, conservando-se por isso imutáveis como as leis mesmas. Daí, o ter-se respondido que perdia ação quem agindo por causa de videiras ceifadas mencionara videiras, pois a lei das XII Tábuas, na qual se fundava a ação por videiras cortadas, falava em árvores cortadas no geral.<sup>62 63</sup>

Aos poucos, as *legis actiones* foram substituídas pelo processo formular. O processo formular foi instituído pelas Leis Júlia<sup>64</sup> e Ebúcia<sup>65</sup>. Assim como no processo das *legis actiones*, era dividido em duas fases, a primeira perante o magistrado e a segunda perante o *iudex*. Dentre suas características, infere-se que:

Ao contrário do sistema anterior, caracterizado pelo excesso de formalismo, agora diante do magistrado, as partes expõem o que pretendem, sem palavras determinadas para pronunciar, sem gestos públicos para executar. É um processo mais rápido, menos formalista e escrito.<sup>66</sup>

No entanto sua característica mais marcante é a edição da fórmula:

É a fórmula, porém, o traço marcante do processo formulário; dela advém-lhe a própria denominação: processo *per formulas*. Trata-se – como veremos

<sup>61</sup> Item 4.30 das Instituições de Gaio.

<sup>62</sup> Item 4.11 das Instituições de Gaio.

<sup>63</sup> Sobre este item comentam José Rogério CRUZ E TUCCI e Luiz Carlos de AZEVEDO: “Ao considerar o rigor formal das *legis actiones*, Gaio, com muita certeza, teria em mente anterior tópico de sua obra (4.11), no qual se refere a um caso em que um cidadão, cujas videiras haviam sido cortadas, agiu contra o culpado, pedido 25 asses como indenização pelo corte das videiras, mas perdeu a lide, porque a pena de 25 asses era prevista nas XII tábuas pelo corte de árvores e não pelo de videiras.” (**Lições de história...cit.**, p. 75.).

<sup>64</sup> As *Leges Juliae* foram promulgadas no ano 17 a.C. (CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito...cit.**, p. 425.).

<sup>65</sup> Não se sabe ao certo o ano de promulgação da *Lex Aebutia*: “impossível é fixar a data da promulgação da Lei Ebúcia. Os autores enumeram um certo número de tribunos chamados Aebutius e concluem que a lei tinha de haver sido proposta por um deles. Nada se sabe ao certo a não ser que entre a Lei Ebúcia e as Leis Júlias decorreu um período de mais ou menos cem anos.” (CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito...cit.**, p. 425.).

<sup>66</sup> CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito...cit.**, p. 424.

adiante – de um documento escrito onde se fixa o ponto litigioso e se outorga ao juiz popular poder para condenar ou absolver o réu, conforme fique, ou não, provada a pretensão do autor. No sistema das *legis actiones*, nada havia de semelhante: o juiz popular julgava a questão que as partes, oralmente, lhe expunham. No processo formulário, não: ele julga o litígio conforme está delimitado na fórmula elaborada na fase *in iure*.<sup>67 68</sup>

A primeira fase do procedimento formulário iniciava-se com a presença das partes pessoalmente ou mediante representante (*cognitor*<sup>69</sup> ou *procurator*) perante o magistrado. Era do autor a incumbência de providenciar o comparecimento do réu em juízo.<sup>70</sup> Presentes as partes, o autor expunha oralmente e sem formalidades sua pretensão e esclarecia qual era a fórmula que pretendia obter.<sup>71</sup>

Exposta a pretensão, o réu poderia reconhecer a razão do autor ou contestar a demanda ou ainda introduzir uma *exceptio*. Após a manifestação do réu, procedia-se à seguinte sequência de atos: redação da fórmula, admissão ou denegação da *actio* pelo magistrado e realização da *litiscontestatio*. A *litiscontestatio* é, neste contexto, “um contrato judicial, pelo qual o autor e o réu concordavam em submeter o litígio, nos termos da fórmula, ao julgamento de um juiz popular, acordo esse que se manifestava com a leitura (*edere iudicium*) da fórmula pelo autor ao réu, que a aceitava.”<sup>72</sup>

Além de implicar compromisso de participarem na fase *apud iudiciem*, a celebração da *litiscontestatio* indicava a disposição das partes em aceitar o julgamento a ser prolatado pelo juiz popular.<sup>73</sup>

Feita a *litiscontestatio*, inaugurava-se a segunda fase do procedimento, a qual era presidida pelo *iudex*, que, assim como no procedimento anterior, também era um particular escolhido para julgar o caso. As partes expunham suas razões ao *iudex* e procediam à produção da prova. A decisão do juiz estava vinculada à

---

<sup>67</sup> ALVES, J. C. M. **Direito romano...cit.**, p. 258.

<sup>68</sup> Gaio traz exemplo de uma fórmula no item 4.47 de suas Instituições: “Seja juiz. Visto que A.A. depositou junto a N.N. uma mesa de prata, objeto desta ação, condena N.N. em favor de A.A. naquilo que, por causa do depósito de N.N. deve dar ou fazer em boa-fé, a não ser que restitua a mesa. Se não parecer que N.N. deve dar ou fazer, absolve.”

<sup>69</sup> Esclarece José Carlos Moreira ALVES: “*Cognitor* é o procurador constituído *in iure* (diante do magistrado, na presença do outro litigante, com termos solenes).” Já o *procurator* é um mandatário para a lide, “ao qual a parte, impossibilidade de comparecer *in iure*, outorga, sem solenidade, e ausente o adversário, o mandato.” (**Direito romano...cit.**, p. 271-272).

<sup>70</sup> ALVES, J. C. M. **Direito romano...cit.**, p. 270.

<sup>71</sup> ALVES, J. C. M. **Direito romano...cit.**, p. 272.

<sup>72</sup> ALVES, J. C. M. **Direito romano...cit.**, p. 275.

<sup>73</sup> AZEVEDO, L. C.; TUCCI, J. R. C. **Lições de história...cit.**, p. 99.

fórmula. Ele poderia prolatar a sentença ou “não tendo chegado à conclusão de qual das partes tinha razão, abstinha-se de dar a sentença, fazendo juramento *sibi non liquere*.”<sup>74</sup>

Além do processo das ações da lei e do processo formulário, o direito romano conheceu o processo dito extraordinário (*extraordinaria cognitio*), que substituiu o processo formulário no século IV<sup>75</sup> e marcou o período em que o processo romano perdeu sua feição privatística.<sup>76</sup>

Embora houvesse previsão da *litiscontestatio* no processo extraordinário, a sua característica de contrato foi deturpada. Manteve-se apenas a denominação – segundo a doutrina, “por força da habitual reverência ao passado”<sup>77</sup> dos romanos – porém o seu conteúdo perdeu o viés contratual, pois a justiça não mais demandava um acordo entre os litigantes. No processo extraordinário, a *litiscontestatio* limitava-se a fixar o *thema decidendum*, correspondendo, desta forma, às alegações preliminares das partes.<sup>78</sup>

Consoante alude ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, a *litiscontestatio* foi o traço marcante do processo como contrato e quase-contrato, porém se esvaiu na vigência do processo extraordinário:

Esta teoria (processo como contrato) y la cuasicontractualista se hallan en íntima relación con el significado que dentro del derecho romano clásico tuvo la *litiscontestatio*, la qual perdió sua razón de ser a partir del procedimiento *extra ordinem*, quedando desde entonces como ficción jurídica, reflejo de una concepción privatista del proceso.<sup>79</sup>

---

<sup>74</sup> ALVES, J. C. M. **Direito romano...cit.**, p. 279.

<sup>75</sup> SURGIK, Aloísio. **Lineamentos do processo civil romano**. Curitiba: Livro é cultura, 1990. p. 115.

<sup>76</sup> Neste sentido: O processo se desvincula do direito privado, passando a ser regido pelo direito público, pois nele não mais se verifica o arbitramento que ocorria no processo formulário, em que o *iudex* era um particular escolhido, em regra, pelas partes, para dirimir o conflito de interesses. (ALVES, J. C. M. **Direito romano...cit.**, p. 305.).

E também: “Neste período, não são os magistrados simples particulares indicados pelas partes, como no antigo direito. São agentes categorizados, pertencentes ao Estado e dispostos em escala hierárquica. O processo romano perde aos poucos seus traços privatísticos, caminhando num sentido publicístico. É a estatização do processo.” (CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito...cit.**, p. 435-436.).

<sup>77</sup> SURGIK, A. **Lineamentos do processo...cit.**, p. 122.

<sup>78</sup> AZEVEDO, L. C.; TUCCI, J. R. C. e. **Lições de história...cit.**, p. 146.

<sup>79</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.. **Proceso, autocomposición...cit.**, p. 122.

Demonstrada a estrutura jurídica privatista das teorias do processo como contrato e quase-contrato, passa-se a analisar a teoria do processo cunhada por BÜLOW.

### 3.4 A TEORIA DO PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA: CONTRIBUIÇÃO DE OSKAR BÜLOW

Ao cunhar sua teoria do processo, Oskar BÜLOW tinha por objetivo dar um passo em direção ao desenvolvimento do direito processual. Na apresentação de sua obra, o autor adverte que o direito processual civil mostrava-se à época obsoleto se comparado ao estágio de desenvolvimento de outros campos do direito. Nas palavras do autor: “La ciencia procesal civil tiene, todavía, un largo camino que recorrer para alcanzar el progreso a que se há llegado en los demás campos del derecho.”<sup>80</sup>

Neste contexto, BÜLOW ressalta que ideias básicas e importantes do direito processual são fruto de uma “construcción conceptual inadecuada y una errónea terminología”<sup>81</sup> e pretende “poner en claro alguno de esos conceptos fundamentales”.<sup>82</sup>

Ainda no prólogo de sua obra esclarece que seu foco é o direito processual civil, mas que suas contribuições “podrían tener importancia, también, para la teoría del derecho procesal criminal.”<sup>83</sup>

Atribui-se a BÜLOW a concepção do processo como relação jurídica. Com efeito, já no início de seu livro *Die lehre von den prozesseinreden und die prozessvoraussetzungen* (“Teoria das exceções e dos pressupostos processuais”), publicado em 1868, BÜLOW assevera que “o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocos, ou seja, uma relação jurídica”<sup>84</sup> travada entre as partes e o tribunal.

---

<sup>80</sup> BÜLOW, Oskar. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: El foro, 2008, p. 7.

<sup>81</sup> Id. Ibid.

<sup>82</sup> Id. Ibid.

<sup>83</sup> BÜLOW, O. **La teoría...cit.**, p. 8.

<sup>84</sup> BÜLOW, O. **La teoría...cit.**, p. 5.

Não obstante, ainda que de forma incipiente, o processo como ato que vincula sujeitos processuais já foi assim vislumbrado por BÚLGARO, no século XII. Embora BÚLGARO não tenha esclarecido como se desenvolve a atividade processual, é considerado pela doutrina<sup>85</sup> antecedente remoto da teoria de BÜLOW.

Da fórmula de BÚLGARO infere-se que *iudicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei*, ou seja, “juízo (o processo) é o ato de três pessoas: o juiz, o autor e o réu”<sup>86</sup>. Enunciado este que deriva do seguinte: *iudicium accipitur, actus ad minus trium personarum: actoris intendentis, rei intentionem evitantis, iudicis in médio cognoscentis*.<sup>87</sup>

A fórmula de BÚLGARO apenas ganhou repercussão no século XIX, quando o foco da doutrina deixou de ser a descrição do procedimento e passou a ser a definição da estrutura jurídica do processo. Nas palavras de Hélio TORNAGHI: “Tais noções (concernentes à ideia de que o processo é ato de três sujeitos) foram, entretanto, esquecidas do século XII ao XIX, mercê das preocupações meramente exegéticas dos juristas”.<sup>88 89</sup>

---

<sup>85</sup> Neste sentido afirmam: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. **Proceso, autocomposición...cit.**, p. 123; CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Douglas Dias Ferreira. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 78; TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 230; MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas, Milenium: 2000, p. 435; LOPES JÚNIOR, A. C. L. **Direito processual...cit.**, p. 97; NASCIMENTO, Paulo Sérgio Rangel do. **Direito processual penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 519, entre outros. Por todos, CHIOVENDA: “Antes que se possa julgar um pedido de atuação da lei, há que examiná-lo; isso produz um estado de pendência, no qual se ignora se o pedido é fundado ou não, mas se envida o necessário para sabê-lo. Durante esse estado de pendência, portanto, as partes (autor e réu) devem ser colocadas em situação de fazer valer suas possíveis razões: competem-lhes deveres e direitos. Daí a ideia singelíssima, e, não obstante, fundamental, vislumbrada por HEGEL, positivada por BETHMANN-HOLWEG, e explanada especialmente por OSKAR BÜLOW, e depois por KOHLER e muitos outros, inclusive na Itália: o processo civil contém uma relação jurídica. É a ideia já inerente ao *iudicium* romano, assim como a definição que do juízo emitiam nossos processualistas medievais: *iudicium est actus trium personarum, actoris, rei, iudicis* (BULGARO, De iudiciis, parágrafo 8º). É a ideia expressa incipientemente pela doutrina e pela prática por meio da palavra litispendência, significando a pendência de uma lide na plenitude de seus efeitos jurídicos. Litispendência e relação jurídica processual são expressões não equivalentes, mas coincidentes. (**Instituições de direito...cit.**, p. 78).

<sup>86</sup> TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 6.

<sup>87</sup> Id. Ibid.

<sup>88</sup> TORNAGHI, H.. **Instituições de processo...cit.**, p. 230.

<sup>89</sup> No mesmo sentido, Eugenio FLORIAN aponta que a partir de BÜLOW o foco do estudo do fenômeno processual deixou de ser unicamente a descrição do procedimento para incluir nas lentes dos processualistas a estrutura do processo e de suas categorias: “Durante mucho tiempo la doctrina se limito a considerar los actos del proceso en su exterioridad, a describir el proceso como una serie de actos diversos, sin decidirse a indagar su esencia legitima. Sólo después de las investigaciones de BÜLOW es cuando el proceso se nos aparece como una relación jurídica.” **Elementos de derecho procesal penal**. Trad. Pietro Castro. Barcelona: Bosch, 1933, p. 80.

HEGEL é reconhecido por ter retomado, ainda que de forma incipiente, a noção do processo como relação entre os sujeitos, é BETHMANN-HOLLWEG que o cita.<sup>90</sup> Na terceira parte de sua obra *Filosofia del derecho* (1820), HEGEL trata da administração da justiça e refere que processo coloca as partes “em condição de fazer valer seus meios de prova e seus fundamentos jurídicos e ao juiz chegar ao conhecimento da causa”, *verbis*:

El derecho recibe la determinación de poder ser demostrable ante el magistrado. El procedimiento jurídico pone a las partes en la condición de hacer valer sus medios de prueba y sus fundamentos jurídicos, y al juez llegar al conocimiento de la causa. Estos pasos son derechos, ellos mismos; por lo tanto, su proceder debe ser determinado legalmente, constituyendo, también, una parte esencial de la ciencia teórica del derecho.<sup>91</sup>

BÜLOW, ao afirmar que o processo é relação jurídica entre as partes e o tribunal, assinala que tal concepção já havia sido vislumbrada por BETHMANN-HOLLWEG (1864):

Sólo a la profunda mirada de BETHMANN-HOLLWEG (*Civilprozess des gem. Rechts* [Proceso civil de derecho comum], t. 1, págs. 22 y 103) y no se há escapado. Pero la pasa por encima, en pocas líneas, si ninguna fundamentación o exámen más preciso y, sobre todo, no extrae de ellas las consecuencias expuestas supre. Por esto, su idea tan sencilla en apariencia, pero en realidad importantísima, ha quedado sin considerar y por eso el mismo autor sólo secundariamente fijá su atención en la mas fausta confirmación de lo que expuso precedentemente.<sup>92</sup>

Vale transcrever na íntegra o parágrafo 13º da obra de Moritz August Von BETHMANN-HOLLWEG. É neste parágrafo que BETHMANN-HOLLWEG conceitua o processo como uma “série de atos específicos, dos quais cada um é a expressão de um direito, cuja totalidade constitui uma relação jurídica”, *verbis*:

§ 13. Por outro lado, a concretização do Direito no interior do Estado, pela via judicial e também nos meios empregados, não se pode assentar meramente na garantia de sucesso, de determinação do direito concreto e de supressão da injustiça no prazo mais célere, ou seja, condicionada por sua conveniência utilitária, mas sim deve ser antes de mais nada ela mesma justa. O direito violado ou contestado tampouco pode ser restaurado

---

<sup>90</sup> BETHMANN-HOLLWEG, Moritz August von. **Civilprozess des gemeinen rechts**. Bonn, Adolph Marcus, 1864. p. 22.

<sup>91</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia del derecho**. Trad. Orlando Vitorio. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1944. p. 194.

<sup>92</sup> BÜLOW, O. **La teoria...cit.**, p. 9.

por parte do tribunal por meio de uma nova injustiça, mas unicamente por meio do que é justo. Nisso incide, além da natureza do objeto, da causa (*causa*), especialmente se se trata de uma causa criminal ou civil (*causa criminalis* ou *civilis*), também o direito das pessoas envolvidas, do juiz, como representante do Estado, e das partes implicadas. Aquele, o direito do Estado na causa, não deve ser extrapolado pelo juiz, este, o direito hipotético das partes, não deve ser violado, elas não devem ser tratadas como desprovidas de direitos. É por essa razão que, na causa civil, por exemplo, o juiz somente pode intervir por invocação (queixa) da parte lesada, do querelante, por isso o demandado e o réu não podem ser condenados no processo criminal sem serem ouvidos, e por aí afora. Disso se depreende a necessidade de uma série de atos específicos, ligados entre si, dos quais cada um é a expressão de um direito cuja totalidade constitui uma relação jurídica de natureza orgânica (*iudicium*, tribunal nesse sentido). Na medida em que, em consonância com uma lei particular a ela inerente, essa relação jurídica surge, progressivamente se desenvolve e se extingue, ela consiste em um processo judicial (*processus iudiciarius*). A forma jurídica é essencial a ela, pois é exigida em virtude da causa e do direito pessoal dos implicados; cabe apenas notar que, como em tudo o que é orgânico, o caroço e a casca se diferenciam, e que, em consonância com a lei universal do progresso histórico, aquele, o caroço, assumido como remanescente desta, a casca, assumida como o elemento transitório (essencialidades contrapostas a formalidades), dela se despe sempre mais e mais.

O fato de os romanos já tão precocemente terem percebido essa semelhança é algo que se pronuncia de modo mais acurado na definição das partes como *rei*, uma expressão que, mais tarde, tendo em vista que, no processo formular, o acusado é no mais das vezes devedor, passou a ficar restrita a este último. O emprego de uma determinada forma contratual, como, por exemplo, a do *nexum*, não é atestada por nenhuma fonte e teria adulterado a natureza da coisa. A lide (*lis*), por sua vez, ao mesmo tempo se fundamenta e nasce como relação jurídica por meio de todo o procedimento instrucional (*legis actio*) bilateral, cuja conclusão formal se constitui pela proclamação testemunhal (*contestatio litis*). Mas seu efeito similar ao contrato se revela nas obrigações recíprocas das partes, como, por exemplo, no *Sacramentum*, e em suas garantias, por exemplo, na *praedes litis et vindiciarum*. De não somenos importância é que essa relação jurídica alcança seu objetivo na condução da lide jurídica por meio da investigação e da decisão da mesma e, portanto, simultaneamente se realiza e, com isso, se extingue, caso não expire extraordinariamente (*lis moritur*).

Essas, a investigação e a decisão (§§ 50, 51), constituem a segunda parte principal do processo, seja por ocorrerem por meio do próprio poder jurisdicional na continuidade ou retomada do procedimento em uma segunda audiência (*in iure*) ou por meio de jurados (*in iudicio*). Também aqui são as partes que atuam preferencialmente na afirmação de seu direito, sendo por isso que os procedimentos específicos, ao menos posteriormente, são denominados *prima*, *secunda actio* etc. O juiz cognoscente também representa apenas o direito objetivo. Não apenas *in abstracto*, como o [juiz] instrucional, mas sim incidindo sobre a relação jurídica litigiosa concreta e suas reais condições, a respeito das quais ele precisa, com esse objetivo, adquirir um determinado convencimento. Fazer que isso se produza em seu próprio favor é o que buscam as ações contrapostas das partes nas postulações de seus representantes (*peroratio*) e na apresentação de meios de prova (*probatio*), que, em decorrência de sua natureza, estão menos vinculadas a formas estritas; e o juiz toma conhecimento delas (*cognoscit*) para, em função de um determinado

convencimento (*ex animi sui sententia*), poder produzir sua sentença (*iudicatum*).<sup>93</sup>

De se notar, portanto, que a expressão relação jurídica (*rechtsverhältnis*) como concepção de processo antecede o livro de BÜLOW “A teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais”.

É, assim, possível atribuir a BETHMANN-HOLLWEG a autoria da concepção do processo como relação jurídica e é também possível afirmar que foi ele quem concebeu o processo como relação que se desenvolve gradualmente, característica esta tão marcante e destacada no texto de BÜLOW.

Diante da concepção de BETHMANN-HOLLWEG, BÜLOW consigna ser necessário aclarar esta idéia, pois ela “no ha sido hasta ahora debidamente apreciada ni siquiera claramente entendida.”<sup>94</sup> O autor, então, cumprindo seu propósito inicial passa a desenvolver a teoria do processo como relação jurídica.

De início, BÜLOW já esclarece que o processo é constituído por um conjunto de direitos e obrigações de direito público para o qual as partes concorrem em cooperação judicial:

Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación

---

<sup>93</sup> Tradução livre de: §13. Dahingegen darf die berwirklnng des rechts innerhalb des Etaates, durch das oericht, auch in den anzuwendenden mitteln nicht blok auf gicherung des erfolges, der ermittlung des concreten rechts und Hufhebung des unrechts in fürzefter jrft, berechnet, alfo infofern zwectmabig, fondern fir mub vor hllern felbfr gerecht fein. Das verlebte oder befrttenr recht tann auch von Geiten des Oerichts nicht durch neues Unrecht, fondern nur durch recht hergefellt warden. Lierbei tommt auBer der nature des objectes, der rechtssfache (causa),insbefondere ob fie eine Criminal oder Civilfache (causa criminalis oder civilis) ift, das recht der dazu mitmirfenden berfonen, des richters als bertreters des Etaates na diefer gache darf von dem Richter nicht überfchritten, dieses, das hyporhetifche recht der bartheien, darf nicht verlebt, fie bürfen nicht als rechtlos behandelt merden. Deshalb z. D. darf der Richter in der Civilfache nur auf unrufung (klage) des berlebten, des klägers, einfchreiten, deshalb der betlagte und der ungefchuldigte im Criminalprozess civht ungehört verurtheilt warden u. f. w. Lieraus ergiebt fich die rothwendigfeit einer reihe einzelner, unter einander verfnüpfter ucte, deren jeder der uhusdrud eines rechts ift, deren oefammtheit ein rechtsverhältnis organifcher natur (iudicium, oericht in diefem ginn) bildet. Infofern dieses rechtsverhältnis nad einem eigenthümmlichen ihm einwohnenden oefez entfteht, fich fortfchreitend entwidelnd und erficht, ift es ein gerichtçocher brozez (rechtsgang, processus iudiciarius). Die rechtsform ift ihm wefentlich, weil durch die gache uns das perföliche recht der beteiligten gefordert; nur dabfich, wie bei allem organifchen, rern un grhale unterfcheiden, und dab nach dem allgemeinen oefetz gechichtlicher entwildung jener, der rern, als das bleibende von diefer, der grhale, als dem bergänglichen (gffentialien und formalien) fich mehr und mehr enttleidet. (BETHMANN-HOLLWEG, Moritz August von. **Civilprozess des geimeinen...cit.**, p. 22-23.).

<sup>94</sup> BÜLOW, O. **La teoria...cit.**, p. 9.

con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública.<sup>95</sup>

Alerta que, além da relação processual ser travada entre os cidadãos e os funcionários do Estado e a atuação das partes se dar em cooperação judicial, há outra diferença entre as relações privadas e relação processual, *verbis*:

La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en gran parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión. Esta se prepara por medio de actos particulares. Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común. Y también esta ulterior actividad discurre en una serie de actos separados, independientes y resultantes unos de otros. La relación jurídica procesal está en un constante movimiento y transformación.<sup>96</sup>

Como se vê, a relação processual é, na perspectiva do autor, absolutamente distinta das relações jurídicas privadas, pois enquanto estas se apresentam concluídas em relação ao processo – até porque lhe antecedem –, aquela se desenvolve gradualmente a partir de direitos e obrigações de cunho processual entre os sujeitos.

Concebido o processo como relação jurídica entre as partes e o juiz, BÜLOW dedica sua atenção à definição de quais são os requisitos de admissibilidade do processo, isto é, quais são os elementos constitutivos da relação processual, aos quais ele denomina de pressupostos processuais.

Antes de apontar quais são os pressupostos processuais, destaca-se a leitura de alguns autores sobre a concepção de BÜLOW até aqui exposta.

Sobre o processo como relação jurídica, ensina Eduardo Juan COUTURE que relação é o vínculo que se estabelece entre uma coisa e outra e que em linguagem processual, a relação jurídica assinala o vínculo entre os sujeitos do

---

<sup>95</sup> BÜLOW, Oskar. **La teoría...cit.**, p. 9-10.

<sup>96</sup> BÜLOW, Oskar. **La teoría...cit.**, p. 10.

processo, estabelecido através de seus poderes e deveres na realização de atos processuais. Nas palavras do autor:

La relación es la union real o mental de dos términos, sin confusión entre si. Relación es vínculo que aproxima una cosa da otra, permitiendo mantener entre ellas su primitiva individualidad. Cuando en el lenguaje del derecho procesal se habla de relación jurídica, no se tiende sino a señalar el vínculo o ligamen que une entre si los sujetos del proceso y sus poderes y deberes respecto de los diversos actos procesales.<sup>97</sup>

Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO extrai da teoria de BÜLOW que a relação processual possui as seguintes características: (i) independência em relação ao direito material; (ii) complexidade por abarcar uma série de direitos e obrigações que se estendem ao largo de todo o procedimento; e (iii) pertencente ao direito público, pois desenvolvida no exercício da atividade jurisdicional do Estado. Sobre o processo como relação jurídica, aduz:

Por su naturaleza, implica una relación jurídica autónoma (porque es Independiente de la relación jurídica material), compleja (porque abarcaa una serie de derechos y obligaciones que se extienden a lo largo de las diversas etapas del procedimiento, todas ellas ligadas entre si desde el punto de vista teleológico) y pertenente al derecho público, porque el proceso supone el ejercicio de la actividad jurisdiccional del Estado.<sup>98</sup>

Na doutrina brasileira, afirma TORNAGHI que a partir de BÜLOW, a estrutura jurídica do processo passa a ser tida como relação jurídica, nos seguintes termos:

Relação que se caracteriza pela unidade, pela complexidade e pelo dinamismo. É a resultante, não apenas da soma de todas as relações que no processo existem entre cada uma das partes e o juiz. É como um rio para o qual confluem todos os cursos d'água, sem deixar por isso de ser um rio só. É uma, embora complexa. E não é estática, mas dinâmica, melhor, cinemática: é uma relação em movimento. É viva, sofre as vicissitudes de tudo quanto vive: nasce, cresce, modifica-se e morre, sem deixar de ser sempre a mesma. É como um homem que permanece idêntico apesar da contínua mutação das células. Pode acontecer que ao fim de algum tempo todo o corpo haja mudado; o homem é o mesmo. A relação processual não se confunde com a relação pré-processual que possa existir entre as partes. Independe dela, pode existir sem ela e é de Direito público, ainda quando pertença ao Direito privado.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 133.

<sup>98</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. **Proceso, autocomposición...cit.**, p. 122.

<sup>99</sup> TORNAGHI, H. **Instituições de processo...cit.**, p. 236.

Como se vê, a contribuição de BÜLOW foi a de vislumbrar a atividade processual a partir de uma perspectiva interna – ou seja, estrutural – do vínculo que une as partes e o juiz, através de um conjunto de obrigações e de direitos, voltados à realização da atividade comum.

BÜLOW, depois, passa a discorrer sobre a necessidade de se fixar os requisitos para a constituição de tal relação:

La exposición sobre una relación jurídica debe dar entre, ante todo, una respuesta a la cuestión relacionada con los requisitos a que se sujeta el nacimiento de aquélla. Se precisa saber entre qué personas puede tener lugar, a qué objeto se refiere, qué hecho o acto es necesario para su surgimiento, quién es capaz o está facultado para realizar tal acto.<sup>100</sup>

BÜLOW propõe que “los requisitos de admisibilidad y las condiciones previas para tramitación de toda relación procesal”<sup>101</sup> estejam voltados para: (i) a competência, capacidade e insuspeitabilidade do tribunal; a capacidade processual das partes e legitimação de seu representante; (ii) as qualidades próprias e imprescindíveis de uma matéria litigiosa civil; (iii) a redação e comunicação (ou notificação) da demanda e a obrigação do autor pelas cauções processuais; e (iv) a ordem entre os vários processos.<sup>102</sup>

BÜLOW assevera, por fim, que nestes requisitos “están contenidos los elementos constitutivos de la relación jurídica”<sup>103</sup> e sua ausência “impedirá el surgir del proceso”<sup>104</sup>.

Ainda que objeto de inúmeras críticas – consoante se verá em momento oportuno – a categoria dos pressupostos processuais sinalizou importante avanço no desenvolvimento da autonomia do direito processual em relação ao direito

---

<sup>100</sup> BÜLOW, O. **La teoría...cit.**, p. 12.

<sup>101</sup> BÜLOW, O. **La teoría...cit.**, p. 13.

<sup>102</sup> Do texto traduzido para o espanhol, extrai-se:

“1) la competencia, capacidad e insospechabilidad del tribunal; la capacidad procesal de las partes (persona legitima standi in iudicio [persona legítima para estar en juicio]) y la legitimación de su representante),

2) las cualidades propias e imprescindibles de una materia litigiosa civil,

3) la redacción y comunicación (o notificación) de la demanda y la obligación del actor por las cauciones procesales,

4) el orden entre varios procesos.” (BÜLOW, O. **La teoría...cit.**, p. 13-14).

<sup>103</sup> BÜLOW, O. **La teoría...cit.**, p. 13.

<sup>104</sup> Id. Ibid.

material. Isso porque BÜLOW separou os institutos de ordem processual das questões de ordem material, ao estudar a *exceptio* romana.

O autor asseverou que o direito romano não se ocupou em traçar uma distinção entre exceções materiais e processuais, daí por que a sua preocupação em elencar uma categoria – os pressupostos processuais – própria ao direito processual para validar a relação processual.<sup>105</sup> Os pressupostos processuais não apenas são reconhecidos pela maioria da doutrina como requisitos à regularidade da relação processual, como encontram-se atualmente dispostos na legislação processual pátria, tanto civil quanto penal.

É de se notar a importância da teoria de BÜLOW ao tema da presente pesquisa, pois vislumbrado o processo como relação jurídica, erige-se o imputado à condição de sujeito de direitos, a quem incumbe participar do deslinde do processo de acordo com os direitos e obrigações a ele dirigidas.

#### 3.4.1 A recepção da teoria do processo como relação jurídica no processo penal

De um modo geral, a doutrina do processo penal agasalha a teoria do processo como relação jurídica. Ainda que expressamente alguns autores não tenham consignado se filiar à teoria de BÜLOW – muitas vezes porque não tangenciam o tema –, admitem a categoria dos pressupostos processuais, como requisitos a ensejar a formação da relação processual.

O processualista italiano Eugenio FLORIAN é adepto à teoria do processo como relação jurídica e favorável à sua aplicação no processo penal. O autor assevera que a lei processual atribui aos sujeitos processuais direitos e obrigações, o que torna o processo uma relação jurídica. Afirma que a relação processual se constitui “con cierta subordinación de las partes al juez, y, viceversa, de supremacía del juez frente a las partes, especialmente frente ao acusado.” Infere-se do texto do autor:

---

<sup>105</sup> Infere do texto de Oskar BÜLOW: “Em geral, aceita-se que o conceito de exceção processual foi extraído, pela ciência jurídica moderna, de exemplos soltos existentes no direito romano. Está demonstrado que os juristas romanos não tinha a menor ideia de uma exceção tal, pois nas fontes jurídicas daquele direito não se encontra o menor rastro de uma distinção entre exceções materiais e processuais.” (**Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. p. 208-209.).

“La ley procesal, al disciplinar los requisitos previos (presupuestos) y los efectos de los actos que se realizan en el proceso, atribuye a las personas que participan en él derechos y obligaciones. Los actos procesales que la ley regulamenta aparecen desde el punto de vista jurídico como ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones, por lo cual, dado este tejido de facultades y obligaciones en el que se manifiesta la actividad procesal, es indudable que el contenido del proceso toma las características de relación jurídica. Esta doctrina, enunciada un principio para el proceso civil, se adaptaba a todos los tipos de proceso jurídicamente regulados, y por eso pasó del proceso civil al penal y al administrativo.”<sup>106</sup>

Giovanni LEONE también advoga a aplicação da teoria de BÜLOW no processo penal. Afirma que “el proceso realiza el esquema de la relación jurídica”<sup>107</sup>, na medida em que ao direito subjetivo do Ministério Público e do imputado à prolação da decisão corresponde à obrigação do juiz em prestá-la. Neste sentido, resalta que no processo penal, “la obligación del juez de emitir la decisión existe, no sólo en relación al actor, sino también en relación al demandado.”<sup>108</sup>

LEONE también conclui haver uma relação jurídica entre as partes: “Obsérvese, finalmente, que la relación jurídica procesal penal no puede agotarse en el derecho de las partes a la decisión y la correspondiente obligación del juez.”<sup>109</sup> Há uma relação jurídica entre as partes, traduzido no “derecho postestativo del ministerio público a poner en existencia, en orden al imputado, la condición para la actuación de la voluntad de la ley y por la correspondiente sujeción del imputado.”<sup>110</sup>

Vincenzo MANZINI assevera, em consonância com os ensinamentos de BÜLOW, que o processo “resulta de una serie gradual y continuada de actos y, por tanto, tiene carácter de relación compleja y progresiva”<sup>111</sup> e tem por conteúdo direitos e deveres de cunho processual.<sup>112</sup>

No Brasil, TORNAGHI dedicou um livro à relação processual penal. Nele mostra-se adepto à doutrina de BÜLOW e resalta que, apesar das críticas, “científicamente o valor da teoria é atestado, não apenas pela sua aceitação geral,

---

<sup>106</sup> FLORIAN, E. **Elementos de derecho...cit.**, p. 80-81.

<sup>107</sup> LEONE, Giovanni **Tratado de derecho procesal penal**. v. 1. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1989. p. 216.

<sup>108</sup> LEONE, G. **Tratado de derecho...cit.**, p. 217.

<sup>109</sup> LEONE, G. **Tratado de derecho...cit.**, p. 219.

<sup>110</sup> Id. Ibid.

<sup>111</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado del derecho procesal penal**. Trad.: Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: El foro, 1996. p. 115.

<sup>112</sup> Id. Ibid.

mas também pela fragilidade das tentativas negativistas”<sup>113</sup> e que “negar a importância da teoria da relação processual é afirmar que as plantas de um edifício não têm valor prático.”<sup>114</sup>

Vicente de Paulo Vicente de AZEVEDO definiu o processo penal a partir do esquema da relação jurídica: “O processo penal é uma relação jurídica que nasce da situação criada entre o Estado, titular do direito de repressão – e o indivíduo, ao se imputa a prática do delito, ou transgressão da lei penal.”<sup>115</sup>

Ada Pellegrini GRINOVER, Cândido Rangel DINAMARCO e Antonio Carlos de Araújo CITRA, na obra “Teoria geral do processo”, também defendem a aplicação do esquema da relação jurídica ao processo penal e destacam que a doutrina de BÜLOW erigiu o acusado à condição de sujeito processual:

A teoria da relação processual, que surgiu com vista ao processo civil e na teoria deste foi desenvolvida, discutida e consolidada, tem igual validade para o direito processual penal ou o trabalhista. No campo do processo penal, afirma-se até que o seu reconhecimento atende a razões de conveniência política, pois a afirmação de que há uma relação jurídica entre o Estado-juiz, o órgão da acusação e o acusado (ao qual se atribuem poderes e faculdades de natureza processual) significa a negação da antiga ideia de que este é mero objeto do processo, submetido às atividades estatais persecutórias.<sup>116</sup>

Expostos os principais aspectos da teoria da relação jurídica que dizem com a presente investigação, passa-se a exposição da doutrina de James GOLDSCHMIDT.

### 3.5 A TEORIA DO PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA: CONTRIBUIÇÃO DE JAMES GOLDSCHMIDT

---

<sup>113</sup> TORNAGHI, H. **A relação...cit.**, p. 15.

<sup>114</sup> TORNAGHI, H. **A relação...cit.**, p. 10.

<sup>115</sup> AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente. **Curso de direito judiciário penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 25.

<sup>116</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 304.

### 3.5.1 As críticas de James GOLDSCHMIDT à teoria do processo como relação jurídica

O maior opositor de BÜLOW – e cuja obra aqui voltam-se os olhos, notadamente em razão da pertinência à matéria processual penal – é James GOLDSCHMIDT.

A crítica de GOLDSCHMIDT foi publicada na obra *Prozess als rechtslage* (“O processo como situação jurídica”) em 1925. No texto, GOLDSCHMIDT revisa a obra de BÜLOW, crítica sua teoria e sugere que seja substituída pela concepção do processo como situação jurídica.

O texto de GOLDSCHMIDT foi em parte traduzido para espanhol, sob o título “Teoría general del proceso”, e servirá de base para a investigação ora exposta.

De início, GOLDSCHMIDT destaca a importância da obra de BÜLOW para a formação de uma ciência própria do direito processual: “La teoría de la relación jurídica procesal y de sus presupuestos forma la base de todos los sistemas del proceso, siendo indudable que a partir de Bülow, y no antes, comienza a formarse una Ciencia propia del Derecho procesal.”<sup>117</sup>

Ressalta que a contribuição de BÜLOW reside no seu estudo acerca das exceções processuais, as quais antes dele eram tidas como exceções dilatórias. Reconhece que é mérito de BÜLOW ter substituído a nomenclatura exceções dilatórias por pressupostos processuais nos casos em que a matéria a ser reconhecida tinha cunho processual e não material e que, dentro desta perspectiva, poderia ser reconhecida de ofício pelo juiz. Consigna:

Bülow demonstro más adelante que las excepciones procesales no tienen nada que ver con las excepciones dilatorias, y sobre todo que de la mayor parte de los defectos procesales que el demandado hace valer, el juez ha de conocer de oficio. Por este camino Bülow llegó a sustituir el concepto de las ‘excepciones dilatorias’ por el de los ‘presupuestos procesales’. Eh hecho de haber liberado éstos de sus antiguas trabas constituye el mérito invidable de Bülow.<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Barcelona: Editorial Labor, 1936. p. 15.

<sup>118</sup> GOLDSCHMIDT, J. **Teoría general...cit.**, p. 16.

No que diz respeito às críticas, GOLDSCHMIDT, de início, aponta duas inconsistências na teoria de BÜLOW.

Primeiro, assenta que, ao contrário do que constatou BÜLOW, os pressupostos processuais não representam pressupostos do processo, mas sim de uma decisão de fundo. Neste ponto, assevera que o erro de BÜLOW se deu na análise das questões afeitas às duas fases do processo romano.

Aduz que “el concepto de relación jurídica procesal ayudó a aislar el concepto de los presupuestos procesales frente a las excepciones dilatorias materiales.”<sup>119</sup> Porém, o equívoco de BÜLOW foi crer que “sólo el iudicium fué el procedimiento sobre el fondo, y por consiguiente, la propia relación jurídica procesal, mientras que el procedimiento in iure se limitaba a comprobar la existencia de los presupuestos procesales.”<sup>120</sup>

Contra a conclusão de BÜLOW – no sentido de que a primeira fase do processo romano se voltava a resolver questões prévias, de cunho processual, e que a segunda examinava apenas a questão de fundo –, GOLDSCHMIDT asseverou que nem a primeira fase reservava-se apenas à análise de questões processuais, tampouco a segunda reservava-se apenas a questão de mérito. Nas palavras do autor: “Ni el procedimiento in iure tenía el fin exclusivo de comprobar la existencia de los presupuestos procesales, ni al iudex se le dispensaba de tener en cuenta defectos procesales.”<sup>121</sup>

GOLDSCHMIDT deixa claro que a análise dos pressupostos processuais não se restringia no processo romano à fase *in iure*. Do mesmo modo que no “processo civil moderno”, os pressupostos processuais se resolvem no decorrer do processo, por isso é que são considerados pressupostos da decisão de mérito e não da constituição da relação jurídica.<sup>122</sup>

A segunda crítica à obra de BÜLOW gira em torno da ideia de que o processo produz obrigações aos sujeitos processuais.

Em relação ao juiz, GOLDSCHMIDT sustenta que lhe não recaem obrigações processuais frente às partes. Aduz que o dever de prestar a jurisdição

---

<sup>119</sup> Id. Ibid.

<sup>120</sup> Id. Ibid.

<sup>121</sup> GOLDSCHMIDT, J. **Teoría general...cit.**, p. 17.

<sup>122</sup> GOLDSCHMIDT, J. **Teoría general...cit.**, p. 18.

não é oriundo da relação processual, mas sim da função de dizer o direito: “Tal obligación se basa en el Derecho público, que impone al Estado el deber de administrar justicia mediante el juez, cuyo cargo, a su vez, le impone, ao mesmo tiempo obligaciones frente al Estado y al ciudadano.”<sup>123</sup>

Acrescenta que a denegação de prestação da jurisdição não representa infração processual e possui, em verdade, índole pública, de responsabilidade civil ou criminal, a ser perquirida em âmbito próprio.<sup>124</sup>

Em relação às partes, GOLDSCHMIDT também assenta que lhes não incumbem obrigações processuais. Assevera que, ainda que se pudesse vislumbrar nos primeiros estágios do desenvolvimento do processo romano que o demandado tinha a obrigação de comparecer em juízo em virtude da *litiscontestatio*, após a consolidação do Estado, a obrigação de se submeter à jurisdição estatal não é oriunda de uma relação jurídica frente à outra parte. Em verdade, para GOLDSCHMIDT, não se trata sequer de uma obrigação em se submeter à jurisdição. Trata-se, sim, de um estado de sujeição que vincula o jurisdicionado ao Estado. Nas palavras do autor:

Si en la historia de la evolución del proceso se tiene presente una época en que la intervención de la comunidade en los conflictos de los particulares se hacía ofreciendo o imponiendo juicios de “árbitros”, es cierto que tanto el compromiso como la aceptación de los árbitros funda una relación jurídica especial, por un lado entre las partes y por outro entre éstas y los árbitros. Pero en los tiempos más avanzados ya las cosas se presentan de otro modo. El cumplimiento de obligación de someterse a la jurisdicción estatal no funda una nueva relación jurídica entre las partes, sino que destruye la exención que impide al Estado dirigir litigios de sus ciudadanos de una manera pacífica y racional. En el proceso moderno no existe ya una obligación del demandado de someterse a la jurisdicción estatal, sino un estado de sujeción a la misma.<sup>125</sup>

Esclarecida a impropriedade do termo obrigação processual, GOLDSCHMIDT substitui a expressão obrigação por “carga” e, assim, apresenta a definição de “carga processual” como sendo aquilo que se coloca à disposição da parte em seu próprio interesse, mas que cabe somente a ela querer se aproveitar da oportunidade processual, sem que lhe recaia uma obrigação<sup>126</sup>:

---

<sup>123</sup> GOLDSCHMIDT, J. **Teoría general...cit.**, p. 19.

<sup>124</sup> GOLDSCHMIDT, J. **Teoría general...cit.**, p. 19-20.

<sup>125</sup> GOLDSCHMIDT, J. **Teoría general...cit.**, p. 21-22.

<sup>126</sup> GOLDSCHMIDT, J. **Teoría general...cit.**, p. 22.

La “obligación” del demandado de cooperar a la litiscontestatio ha sido substituído por la “carga” de comparecer y contestar a la demanda, la cual se impone al demandado en su propio interés. Mucho menos incumben obligaciones al demandante, sino solamente cargas, especialmente la de afirmar hechos y aportar pruebas.<sup>127</sup>

Apresentadas as críticas de GOLDSCHMIDT à teoria de BÜLOW, passa-se a discutir acerca da teoria do processo como situação jurídica, oportunidade em que melhor se explicarão as ideias do autor.

### 3.5.2 A proposta de James GOLDSCHMIDT: o processo como situação jurídica

GOLDSCHMIDT inicia a formulação de sua teoria com a constatação de que as normas jurídicas são imperativos aos cidadãos – neste caso, advêm do direito material –, ou são imperativos para “o juízo do juiz” e neste caso lhe fornecem diretrizes para julgar a conduta e o estado dos indivíduos. Aduz:

Las normas jurídicas tienen doble naturaleza. Por un lado representan imperativos a los ciudadanos, por otro son medidas para el juicio del juez. La primera cualidad conviene a las normas jurídicas, en cuanto se refiere a su función extrajudicial. Por eso llega a ser la base de la consideración estática o material del derecho. De la segunda ha de partir la consideración dinámica o procesal siendo necesario establecer las categorías adecuadas para comprender los nexos procesales.<sup>128</sup>

Esta é a base da teoria de GOLDSCHMIDT que permitiu ao autor teorizar o processo como situação jurídica. Isso porque a análise do caráter das normas lhe permitiu concluir que as normas jurídicas dirigidas ao juiz para julgar o caso concreto não lhe impõem deveres processuais, tal como consta na formulação de BÜLOW.

Na teoria de GOLDSCHMIDT, o exercício da jurisdição não decorre de uma relação jurídica entre o juiz e as partes, mas sim da função de dizer o direito. Não é por outro motivo que GOLDSCHMIDT assevera que o juiz não pode ser considerado súdito, mas sim soberano do direito, já que lhe incumbe aplicá-lo ao caso concreto. Assim, o juiz “no puede ser sujeto o objeto de ligámenes jurídicos” no processo por ele presidido. Isso não significa, porém, que o juiz esteja fora do direito: “el juez se

---

<sup>127</sup> Id Ibid..

<sup>128</sup> GOLDSCHMIDT, J. **Teoría general...cit.**, p. 43.

vincula por el derecho, porque es juez, es decir porque la aplicación del derecho es su oficio.”

Na hipótese do juiz se negar a exercer a jurisdição, recaem-lhe sanções a serem perquiridas em âmbito próprio, sem repercussão às partes em cujo processo se deu a omissão, já que entre eles não há uma relação jurídica. Em relação à eventual *error in iudicando*, GOLDSCHMIDT também esclarece que sua ocorrência não implica “infracción de cualquier deber, sino ignorancia o interpretación errónea de derecho”<sup>129</sup>. Tais ideias foram pelo autor assim formuladas:

Es evidente, además, que también para el juez tiene la norma, como acabamos de ver, el carácter de imperativo. Pero en este caso el juez se concibe como órgano del Estado, como si se tratara de una autoridad administrativa, sin perjuicio de que el juez se someta exclusivamente al derecho. Al contrario, si el derecho se comprende como medida para el juicio del juez, este se imagina no como súbdito, sino como soberano del derecho, instrumento mediante el cual el juez juzga del mismo modo que – valga la metáfora – el albañil se sirve de la plomada para enderezar el muro.<sup>130</sup>

Mais adiante, acrescenta:

La particularidad de la relación del juez con el derecho consiste en que el juez aplica la ley no sólo para obedecerla, sino con carácter profesional. De ahí que, según la opinión que concibe el derecho como medida para el arbitrio judicial, el juez mismo no puede ser sujeto o objeto de ligámenes jurídicos.<sup>131</sup>

E, conclui:

El juez se vincula por el derecho, porque es juez, es decir porque la aplicación del derecho es su oficio. Pero cuando el fallo contiene una violación o interpretación errónea de la ley, no hay – siempre según la consideración del derecho a la cual nos referimos – infracción de cualquier deber, sino ignorancia o interpretación errónea de derecho, el error de un artesano en el manejo de su instrumento, una falta de inteligencia, no de voluntad.<sup>132</sup>

Assim, o juiz não compõe a relação jurídica processual, haja vista que lhe não recaem obrigações processuais frente às partes, e que o direito é medida para o

---

<sup>129</sup> GOLDSCHMIDT, J. **Teoría general...cit.**, p. 48-49.

<sup>130</sup> GOLDSCHMIDT, J. **Teoría general...cit.**, p. 47-48.

<sup>131</sup> GOLDSCHMIDT, J. **Teoría general...cit.**, p. 48.

<sup>132</sup> Id. *Ibid.*

juiz, vez que lhe fornece diretrizes para julgar o caso concreto. GOLDSCHMIDT, então, formula importante conclusão para a construção de sua teoria:

cuando el derecho se considera como medida del arbitrio judicial, todos los nexos jurídicos han de consistir en una relación con la sentencia judicial esperada, es decir, que estriban en la expectativa de la conducta del juez, del partido que tomará y, en último término, de la sentencia que dicte.<sup>133</sup>

O autor explica que quando esta concepção – a de que o direito é medida para o juiz – toma assento “la vigencia del derecho, es decir, su posibilidad de prevalecer, se funda en la fuerza psíquica de la expectativa que las promesas o amenazas de una sentencia de contenido determinado, resultantes de la naturaleza del derecho medida del juez, lleguen a realizarse.”<sup>134</sup>

Dito de outro modo: partindo da concepção de que o direito é medida para o juiz, as normas jurídicas se apresentam às partes como promessas ou ameaças, a depender da atuação do juiz.

Ocorre que a decisão do juiz, por sua vez, depende dos atos praticados pelas partes durante o processo. Com efeito, o desfecho do processo será favorável à parte se ela praticar os atos processuais necessários à emissão de uma sentença favorável. De outro lado, será desfavorável se a parte deixar de praticar tais atos.

Daí que o autor conclui que, a depender da atuação das partes no decorrer do processo, depreende-se a expectativa de uma sentença favorável ou a perspectiva de uma sentença desfavorável. Nos termos de GOLDSCHMIDT:

De la naturaleza de las normas legales como medida del juez resulta que tienen frente a los individuos el carácter de promesas o amenazas de determinada conducta del juez, en último término de una sentencia de contenido determinado, con el efecto de que la pretensión de la parte vale para lo futuro, ante los tribunales, como jurídicamente fundada o no fundada.<sup>135</sup>

Mais adiante, assevera que considerando que o processo “es una lucha por el derecho, las expectativas de una sentencia favorable dependen regularmente de un acto procesal anterior de la parte interesada”<sup>136</sup>. Por outro lado, “las perspectivas

---

<sup>133</sup> GOLDSCHMIDT, J. **Teoría general...cit.**, p. 49.

<sup>134</sup> GOLDSCHMIDT, J. **Teoría general...cit.**, p. 50.

<sup>135</sup> GOLDSCHMIDT, J. **Teoría general...cit.**, p. 50.

<sup>136</sup> GOLDSCHMIDT, J. **Teoría general...cit.**, 51.

de una sentencia desfavorable dependen siempre de la omisión de un tal acto procesal de la parte interesada.”<sup>137</sup>

A seguir, em seu texto, GOLDSCHMIDT passar enumerar exemplos de oportunidades conferidas ao autor da demanda a fim de que obtenha vantagem processual e, assim, a “expectativa de sentença favorável”. Cita os seguintes exemplos: possibilidade de fundamentar a demanda, de produzir provas e de replicar.<sup>138</sup>

Ao demandado também são conferidas oportunidades de responder à demanda e praticar atos processuais destinados à obtenção de sentença favorável, como por exemplo: possibilidade de negar os fatos alegados pelo autor, de propor exceções dilatórias ou peremptórias e meios de prova a serem produzidos no decorrer do processo.<sup>139</sup>

A estas possibilidades, GOLDSCHMIDT denomina “chance processual”.<sup>140</sup> A “chance processual” quando aproveitada enseja uma “vantagem processual”, que, por sua vez, dá azo à “expectativa de uma sentença favorável”.

De outro lado, GOLDSCHMIDT também aponta exemplos de atos processuais a serem realizados pela parte se for de seu interesse evitar o advento de uma sentença desfavorável. A omissão da parte na prática destes potencializa o risco de advento de uma sentença desfavorável.

Neste passo, GOLDSCHMIDT cunha a expressão “carga processual”<sup>141</sup> para designar a situação em que a parte se encontra diante da incumbência de praticar um ato processual com o objetivo de evitar o “prejuízo processual”. São exemplos de “cargas processuais”: carga do demandado de comparecer em juízo, a fim de evitar que seja declarado revel, carga do demandado de emitir declaração, a fim de evitar que seja declarado réu confesso, carga de contestar a demanda e de produzir prova.<sup>142</sup>

A não liberação de uma “carga processual”, ante a inércia da parte, leva à perspectiva de uma sentença desfavorável. A liberação da “carga processual”

---

<sup>137</sup> Id. Ibid.

<sup>138</sup> Id. Ibid.

<sup>139</sup> GOLDSCHMIDT, J. **Teoría general...cit.**, p. 51-52.

<sup>140</sup> GOLDSCHMIDT, J. **Teoría general...cit.**, p. 52.

<sup>141</sup> Id. Ibid.

<sup>142</sup> Id. Ibid.

elimina o risco do advento do prejuízo processual que sobreviria caso a parte negligenciasse a oportunidade de manifestação.

GOLDSCHMIDT esclarece, por fim, que as categorias de “chances” e “cargas processuais” e de “expectativa de sentença favorável” e “perspectiva de sentença desfavorável” não compõem uma relação jurídica processual. Em verdade, dizem respeito às situações jurídicas que permeiam a atividade processual. Conclui:

Al ser expectativas o perspectivas de un fallo judicial futuro, basadas en las normas legales, representan, más bien, situaciones jurídicas, lo que quiere decir estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las normas jurídicas.<sup>143</sup>

Eis os principais aspectos da teoria do processo como situação jurídica que interessam a presente pesquisa.

### 3.5.3 Recepção da teoria do processo como situação jurídica

#### 3.5.3.1 A posição de Piero CALAMANDREI

Piero CALAMANDREI procedeu à revisão da teoria de GOLDSCHMIDT em um breve texto intitulado “El proceso como situación jurídica”, publicado em 1927.

Inicialmente o autor italiano faz um – nas suas palavras – “esquemático resumo”<sup>144</sup> dos temas trabalhados por GOLDSCHMIDT para depois passar à crítica. Vale destacar, desde já, que CALAMANDREI se limitou a enunciar quais seriam as falhas da teoria do autor alemão, porém não expôs, de forma pormenorizada, por que entende que a tese de GOLDSCHMIDT não merece prosperar.

Antes de apontar as críticas, CALAMANDREI consigna sua admiração ao trabalho de GOLDSCHMIDT:

todas las cuestiones más difíciles y más debatidas de nuestra ciencia, se encuentran tratadas con absoluto dominio de la doctrina, no sólo procesalística sino también civilística, penalística, romanística, filosófica, y con novedades de puntos de vista lógicamente coherentes con la tesis

<sup>143</sup> GOLDSCHMIDT, J. **Teoría general...cit.**, p. 55.

<sup>144</sup> CALAMANDREI, Piero. **El proceso como situación jurídica**. *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945, p. 221.

fundamental del trabajo. De suerte que después de la no fácil lectura de este volumen, que, incluso en el imponente aparato de sus 2847 densísimas notas al pie de páginas, da la impresión de una constante seriedad de método y de propósitos, uno no puede dejar de sentirse inducido a admiración por un esfuerzo tan noble, al que el autor ha tenido a la constancia, cada día menos frecuente y menos apreciada en nuestros días, de dedicar un decenio de desinteresadas meditaciones. La obra que, con una meticulosidad verdaderamente alemana de preparación, consigue moverse dentro de vastísimos horizontes teóricos sin olvidar nunca las premisas de las cuales parte, inspira sin duda en todo lector, capaz de apreciar la probidad y la coherencia científica, un sentido de profundo respeto; pero no me atrevería a decir que la misma deje al lector convencido además de admirado.<sup>145</sup>

A divergência de CALAMANDREI reside em dois pontos.

Primeiro, CALAMANDREI não se mostra convencido de que “los verdaderos y propios deberes (no cargas) a cargo del juez o de las partes”<sup>146</sup> teriam sua origem na relação de direito público entre o Estado e seus súditos. Contudo, o autor não explica por que a tese de GOLDSCHMIDT deve ser rechaçada, limita-se a dizer:

la parte en que nos há convecido menos el libro de GOLDSCHMIDT es aquella en la que intenta demostrar que los verdaderos y propios deberes (no simples cargas) nascidas del proceso al cargo del juez o de las partes tendrían su origen no en la relación jurídica procesal, sino en la relación superior de derecho público que tiene lugar entre el Estados y los súditos.<sup>147</sup>

Em outro texto de sua autoria, CALAMANDREI deixa claro se filiar à corrente segundo a qual o processo é uma relação jurídica:

Estes atos processuais realizados por diferentes pessoas se vinculam entre si, como componentes de um procedimento único e individualizado, não mais por sua exterior proximidade espacial e temporal, e não só por sua conexão teleológica, mas também porque, desde o início até o final da série, cada um deles nasce como consequência daquele que o procedeu, e, por sua vez, age como estímulo daquele que se segue. É este o caráter do processo que poderia chamar-se dialético, em virtude do qual o processo se desenvolve como uma luta de ações e reações, de ataques e de defesas, em que cada um dos sujeitos provoca, com a própria atividade, o movimento dos outros sujeitos, e espera deles, depois um novo impulso para colocar-se em movimento por sua vez. Tudo isto também se pode expressar dizendo que o processo não é somente uma série de atos realizados por diferentes pessoas, na ordem estabelecida pela lei, mas também, desde o início até o fim desta série, uma relação contínua entre estas diversas pessoas, cada uma delas se determinando a agir do modo prescrito pela lei em consequência e em vista desta relação pessoal em que se encontra com as demais; assim o caráter dialético do processo leva, naturalmente, a que se

---

<sup>145</sup> CALAMANDREI, Piero. **El proceso...cit.**, p. 221-222.

<sup>146</sup> Id. *Ibid.*

<sup>147</sup> CALAMANDREI, Piero. **El proceso...cit.**, p. 222.

concebiam os atos que o formam como a manifestação exterior de uma relação jurídica que corre entre os sujeitos do mesmo, surgindo daí a noção de relação processual.<sup>148</sup>

Mais adiante, assevera:

Os atos processuais são, como se disse, atos jurídicos, isto é, regulados pelo Direito; e a relação processual é, em si mesma, uma relação jurídica, já que as vinculações que nela se desenvolvem entre os vários sujeitos também são regulados pelo Direito.<sup>149</sup>

Na segunda crítica dirigida a GOLDSCHMIDT, CALAMANDREI aponta que a substituição da concepção do processo como relação jurídica por situação jurídica reduz a realização da justiça à destreza das partes, eis que o desfecho do processo depende do aproveitamento das “chances processuais” e liberação das “cargas processuais”. Acusa que, de prevalecer a concepção de GOLDSCHMIDT, o processo deixaria de ser um meio para a aplicação do direito e passaria a ser “um médio para hacer aparecer y valer como derecho lo que no es derecho.”<sup>150</sup>

Conclui, assim, não ser possível avalizar uma concepção de processo cuja construção teórica, dá mais ênfase a uma realidade prática do que ao direito processual. Aduz:

En el fondo, parece que diga GOLDSCHMIDT, el proceso no es, como creen los ingenuos, un medio para actuar el derecho; sino que es, por lo contrario, un medio para hacer aparecer y valer como derecho lo que nos es derecho. Pues bien, esta concepción, que podemos llamar realística del proceso, podrá también en algum caso (y nadie lo sabe mejor que quien mira el proceso con ojos de abogado) ser la verdadera; pero nos preguntamos si este modo de considerar el proceso, bajo um aspecto, podríamos decir, tan metajurídico, es el más apropiado para construir una teoria jurídica del proceso; nos preguntamos, en suma, si para reedificar el sistema de derecho procesal, destinado a representarnos el proceso como debe ser, es lícito poner como base de toda investigación el proceso como es en realidad, en los casos anormales o patológicos en los que sirve para fines diversos de aquellos para los que según el derecho debería servir.<sup>151</sup>

---

<sup>148</sup> CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Douglas Dias Ferreira v. 1. 2ª Ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 283.

<sup>149</sup> CALAMANDREI, P. **Instituições de direito...cit..** p. 287/288.

<sup>150</sup> CALAMANDREI, Piero. **El proceso...cit.**, p. 223.

<sup>151</sup> Id. Ibid.

Interessante notar do trecho transcrito que, não obstante CALAMANDREI se mostre contrário à teoria do processo como situação jurídica, concorda que na prática forense a concepção de GOLDSCHMIDT procede.

Não é por outro motivo que anos mais tarde, no texto “Processo como jogo”, CALAMANDREI se mostra adepto à teoria do processo como relação situação jurídica e concebe o processo como jogo, a partir das categorias cunhadas por GOLDSCHMIDT.

No início do texto “Processo como jogo” CALAMANDREI deixa claro – e, neste ponto, já é possível perceber que o autor italiano abandona a idéia de que a teoria do processo deve se ocupar apenas do direito – que o êxito no processo depende de outros fatores que não apenas o direito. Em franca recepção à teoria de GOLDSCHMIDT, CALAMANDREI reconhece que o desfecho do processo depende da habilidade técnica do litigante:

Feliz coincidência é a que se verifica quando, entre os dois litigantes, o mais justo seja também o mais hábil: mas quando em certos casos (e quero crer em raros casos) não se dê essa coincidência pode ocorrer que o processo, instrumento de justiça, criado para dar razão ao mais justo, passe a ser um instrumento de habilidade técnica, criado para dar a vitória ao mais esperto.<sup>152</sup>

Nesta toada, abandona a concepção de que o processo é uma relação jurídica e passa a considerá-lo “uma situação jurídica fluida e mutável, fonte de expectativas, possibilidades e encargos”<sup>153</sup> e, portanto, dotado de “chances” colocadas à disposição das partes, para que sejam por elas eventualmente aproveitadas. Nas palavras do autor:

Deste dinamismo dialético do processo civil de tipo dispositivo tem havido uma inesquecível demonstração sistemática na obra fundamental de James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*: ali se configura o processo não como uma relação jurídica unitária, fonte de direitos e obrigações (Prozessrechtsverhältnis), e sim como uma situação jurídica fluida e mutável, fonte de expectativas, possibilidades e encargos (*Aussichten, Moglichkeiten, Lasten*), destinada a modelar-se segundo a diversa sucessão de atos processuais, cada um dos quais dá ao curso do procedimento novas direções e abre às partes novas perspectivas. O processo está constituído assim por uma equânime sucessão de chances, alternadamente oferecidas a uma ou à outra das partes: quem não sabe prever a chance favorável que um seu

---

<sup>152</sup> CALAMANDREI, Piero. **O processo como jogo**. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Douglas Dias Ferreira. v. 3. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 231.

<sup>153</sup> Id. Ibid.

movimento imprudente pode dar a seu adversário, quem não sabe servir-se no momento oportuno da chance que o adversário lhe oferece, corre o risco de perder a causa. Deste modo, toda parte é o árbitro e o encarregado da própria sorte: *faber est suae quisque fortunae* [cada um faz sua própria sorte].<sup>154</sup>

Feita esta contestação, CALAMANDREI apresenta sua teoria do processo como jogo. Afirma que “o processo não é apenas uma série de atos que devem suceder-se em uma determinada ordem estabelecida pela lei”<sup>155</sup>. Em verdade, para o autor, o processo “é uma série de atos que se cruzam e se correlacionam como os movimentos de um jogo: de perguntas e respostas, de réplicas e contra-réplicas, de ações que provocam reações”<sup>156</sup>, no qual “todo movimento realizado por uma parte abre à parte contrária a possibilidade de realizar outro movimento destinado a contraarrestar os efeitos daquele que o precede.”<sup>157</sup> Exemplifica:

No processo, quando meu adversário realiza um movimento qualquer (apresenta uma exceção de incompetência, pede uma nova indicação, propõe uma prova), eu venho a me encontrar, por efeito de seu ato, em uma situação jurídica distinta daquela que me encontrava antes desse ato: não posso ignorá-lo, pois se não reajo de algum modo minha inércia poderá ser-me prejudicial; mas, se quero reagir, posso fazê-lo de várias maneiras, pois posso escolher entre as diversas possibilidades que o ato abre à minha frente. Se me foi deferido o juramento decisório, posso prestá-lo, deferi-lo, ou negar-me a prestá-lo. Cada movimento de uma parte cria para o adversário uma série de possibilidades, das quais pode ocorrer que resulte, caso ele habitualmente se mova, tirar proveito contrariamente ao que seu antagonista supunha. Nisto consiste a tática processual, confiada à sagacidade e ao senso de responsabilidade de cada um dos litigantes; aqui é que está a habilidade do jogo. Cada competidor, antes de dar um passo, deve tratar de prever – estudando atentamente, não só a situação jurídica, mas também a psicologia do adversário e do juiz – com que reações responderá o antagonista a seu movimento. Assim, mesmo sem perder de vista o fim último do processo, que é a vitória, os competidores continuam estudando-se durante todo o curso do processo como dois esgrimistas frente a frente; e a partida vem a fracionar-se em uma série de episódios, e em cada um deles seus esforços são imediatamente dirigidos a conseguir uma vantagem parcial, um “ponto”, que se conte conquistado a seu favor e possa concorrer para assegurar-lhe, ao fechar das contas, a vitória final.<sup>158</sup>

Como se vê, a despeito do autor italiano ter, inicialmente, mostrado-se resistente à teoria do processo como situação jurídica, acabou por adotá-la e

---

<sup>154</sup> Id. Ibid.

<sup>155</sup> CALAMANDREI, P. **O processo...cit.**, p. 229.

<sup>156</sup> CALAMANDREI, P. **O processo...cit.**, p. 230.

<sup>157</sup> Id. Ibid.

<sup>158</sup> CALAMANDREI, P. **O processo...cit.**, p. 230-231.

cunhar, com base nas categorias vislumbradas por GOLDSCHMIDT, a sua teoria do processo como jogo.

### 3.5.3.2 A posição de outros autores

Giovanni LEONE repudia a concepção de GOLDSCHMIDT. Assevera que “no se puede reducir el proceso a una expectativa de juicio favorable, a una relación entre um sujeto y la sentencia que debe pronunciarse.”<sup>159</sup> Afirma que a teoria do processo como situação jurídica não é “idónea para constituir una nueva plataforma sistemática de proceso penal, no sirviendo para sustituir categorías conceptuales, no solo de antiguas raíces, sino de reconocida utilidad.”<sup>160</sup>

Conclui que a teoria de GOLDSCHMIDT não merece guarida porque “niega las relaciones que se instauran entre los sujetos procesales que constituyen la trama del proceso, y niega la relación fundamental y unitaria entre los sujetos, que es el momento central del proceso.”<sup>161</sup>

Eugenio FLORIAN também crítica a concepção da teoria do processo como situação jurídica. Assevera que a concepção de GOLDSCHMIDT transforma o processo em instrumento empírico, no qual prepondera a sagacidade e destreza das partes. Aduz: “tal concepción quita al proceso todo aspecto jurídico, lo destruye y lo hace totalmente empírico: lo transforma en cosa casi de puro hecho, sometido a la sagacidad o destreza de las partes.”<sup>162</sup>

A crítica de Helio TORNAGHI não diverge da observação de FLORIAN<sup>163</sup> e acrescenta que, ao contrário do que alega GOLDSCHMIDT, o dever do juiz em prestar a jurisdição não deriva apenas de um dever funcional, pois tal dever nasce

---

<sup>159</sup> LEONE, G. **Tratado de derecho...cit.**, p. 220.

<sup>160</sup> LEONE, G. **Tratado de derecho...cit.**, p. 221.

<sup>161</sup> LEONE, G. **Tratado de derecho...cit.**, p. 220.

<sup>162</sup> FLORIAN, E. **Elementos de derecho...cit.**, p. 83.

<sup>163</sup> Assevera Helio TORNAGHI: “A consideração empírica, não apenas do processo, mas de todo o Direito, tal como é a realidade, longe de contribuir para o aprimoramento da ordem jurídica, termina por desembocar num ceticismo que tem como consequência única o desprezo do Direito e a volta à solução violenta dos conflitos, com o primado da força. A concepção de GOLDSCHMIDT se resolve numa técnica do oportunismo e, em lugar, de instrumento para a perfeição da Justiça, o processo passa a constituir a ferramenta, a gazua para o ‘descuidista’, sempre alerta aos cochilos dos demais sujeitos. Não: essa não é função do Direito, essa não é a tarefa do jurista. O que o processo possa ser na realidade prática não chega a ensejar-lhe uma concepção jurídica. Ela tem que ser buscada em sua realidade de direito e não em sua realidade de fato; o Direito não se limita à descrição de fatos naturais; valora-os, seleciona-os, recomenda os bons e proíbe os maus.” (**Instituições de processo...cit.**, p. 287-288.).

com a proposição da demanda. Neste sentido, registra: “Ora, quando a vontade de um sujeito é árbitra da prestação de determinada atividade por parte de outro sujeito, isto significa, em poucas palavras que aquele tem perante o outro o direito a tal atividade.”<sup>164</sup>

Favorável à teoria do processo como situação jurídica, posiciona-se, na doutrina atual, Aury LOPES JÚNIOR.

Aury LOPES JÚNIOR é quem atualmente melhor trabalha a teoria de GOLDSCHMIDT no processo penal. Em sua obra “Direito processual penal”, após expor a teoria do processo como situação jurídica, o autor gaúcho insere as categorias de “carga” e “chance processual” no âmbito criminal, sem olvidar que “no processo penal, a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência.”<sup>165</sup>

Aury LOPES JÚNIOR, então, insere o tema na idéia de que “a defesa assume riscos pela perda de uma chance probatória.”<sup>166</sup> Esclarece o autor:

Assim, quando o facultado ao réu fazer prova de determinado fato por ele alegado e não há o aproveitamento dessa chance, assume a defesa o risco inerente à perda de uma chance, logo, assunção do risco de uma sentença desfavorável. Exemplo típico é o exercício do direito de silêncio, calcado no *nemo tenetur se detegere*. Não gera um prejuízo processual, pois não existe uma carga. Contudo, potencializa o risco de uma sentença condenatória. Isso é inegável.<sup>167</sup>

Não sem razão, este posicionamento concebe que, não obstante o estado de inocência, a defesa assume o risco do prejuízo processual quando perde uma chance probatória. É, portanto, preciso aproveitar as “chances processuais” – notadamente no âmbito da prova – para assegurar o desfecho favorável do caso, sob pena de se potencializar o risco da condenação.

De se notar a importância da teoria de GOLDSCHMIDT em relação à participação da defesa nos atos do processo. A diferença entre GOLDSCHMIDT e BÜLOW que chama atenção neste ponto é que naquele a defesa se manifesta de

---

<sup>164</sup> TORNAGHI, H. **Instituições de processo...cit.**, p. 289.

<sup>165</sup> LOPES JÚNIOR, A. C. L. **Direito processual...cit.**, p. 71.

<sup>166</sup> Id. *Ibid.*

<sup>167</sup> Id. *Ibid.*

acordo com o seu interesse e disso colhe vantagem ou prejuízo processual. Em BÜLOW, a defesa, ao ser chamada a se manifestar, teria um dever de manifestação.

A concepção de GOLDSCHMIDT estudada em conjunto com a contribuição de CALAMANDREI ganha um colorido especial, sobretudo no que toca à participação da defesa no deslinde do procedimento.

Na esteira da teoria do processo como jogo, consoante se viu, o processo está constituído por “uma equânime sucessão de chances”<sup>168</sup>, alternadamente oferecidas às partes, dentro de “uma série de atos que se cruzam e se correlacionam como os movimentos de um jogo: de perguntas e respostas, de réplicas e contra-réplicas, de ações que provocam reações”<sup>169</sup>.

A conclusão de CALAMANDREI é deveras importante para legitimar o exercício do contraditório prévio ao juízo sobre a ação penal. Aduz o autor que no processo: “todo movimento realizado por uma parte abre à parte contrária a possibilidade de realizar outro movimento destinado a contraarrestar os efeitos daquele que o precede.”<sup>170</sup>

Daí por que uma vez realizado o movimento pela acusação (oferecimento da denúncia ou queixa) deve-se oportunizar à defesa que apresente a sua reação (defesa prévia) antes da decisão acerca da ação.

A necessidade do exercício do contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da ação penal ficará ainda mais evidente com a concepção de que o provimento jurisdicional somente pode ser construído se precedido da manifestação dos interessados. Passa-se, agora, à análise da concepção de processo como procedimento em contraditório.

### 3.6 A TEORIA DO PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO: CONTRIBUIÇÃO DE ELIO FAZZALARI

A teoria do processo como procedimento em contraditório foi cunhada por Elio FAZZALARI. A temática será aqui exposta com base em três obras do autor: *Note in tema di diritto e processo* (publicada em 1957), *Diffusione del processo e*

---

<sup>168</sup> CALAMANDREI, P. **O processo...cit.**, p. 231.

<sup>169</sup> CALAMANDREI, P. **Instituições de direito...cit.**, p. 230.

<sup>170</sup> Id. Ibid.

*compiti della dottrina* (publicada em 1958) e *Teoria generale del diritto processual*<sup>171</sup> (publicada em 1975).

Há em FAZZALARI um deslocamento do eixo de reflexão acerca do processo. É que a pesquisa do autor não se limita a análise do processo como uma atividade jurisdicional, tal como se pode vislumbrar nas teorias do processo como relação e situação jurídica.

FAZZALARI estuda o processo – e também o procedimento – como atividade estatal, daí por que sua análise também se volta aos atos da esfera executiva e legislativa do Estado.

A preocupação que permeia a obra de FAZZALARI é a proliferação do emprego dos modelos processuais em atividades não jurisdicionais, razão pela qual o autor se ocupa em distinguir o processo daquilo que, embora possa parecer processo, não o é.

A base da teoria de FAZZALARI é oriunda da concepção de processo e procedimento elaborada por Feliciano BENVENUTI no ano de 1952 e exposta na obra *Funzione amministrativa, procedimento, processo*.

Não obstante o foco de BENVENUTI fosse o direito administrativo, entre as diversas questões abordadas em sua obra, o autor incursionou na análise do processo e do procedimento no âmbito judicial e extrajudicial, para concluir que processo é espécie de procedimento. Tem-se, então, o esquema de que o procedimento é gênero, do qual o processo é espécie.

BENVENUTI sustentou que o processo é atividade da qual participam diversos sujeitos, dentre os quais aqueles que serão afetados pelo provimento final, já o procedimento em sentido estrito é atividade realizada por apenas um órgão, do qual emana o provimento final.<sup>172</sup> Extraí-se da obra de BENVENUTI:

o processo é a forma típica de explicação da função jurisdicional. Porque a sentença, da qual as partes são destinatárias, é ato emanado antes de tudo em seus interesses, e apenas de maneira secundária no interesse de Estado pela justiça; razão pela qual na realização daquela função se sentiu a necessidade que os destinatários fossem também partícipes do processo e

---

<sup>171</sup> Posteriormente o título do livro foi alterado para *Instituzione de diritto processuale*. Em língua portuguesa, foi traduzido para “Instituições de direito processual”.

<sup>172</sup> BENVENUTI, Feliciano. **Funzione amministrativa, procedimento, processo**. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, a. 2, n. 11, gennaio/marzo, 1952, p. 131-134.

concorressem para a determinação do ato no momento, ou melhor, na série de momentos, na qual o poder se concretiza.<sup>173</sup>

Eis a concepção que embasou a teoria de FAZZALARI.

No seu primeiro texto sobre a temática, *Note in tema de diritto e processo*, FAZZALARI ressalta a importância de cunhar uma distinção entre processo e procedimento e que com vista a tal finalidade se pode “valer de uma distinção proposta recentemente”<sup>174</sup>. FAZZALARI, neste ponto, alude à diferenciação cunhada por BENVENUTI e assevera que:

A fecundidade de tal distinção me parece evidente sob dois aspectos. Primeiro, ela ressalta o indefectível concurso de vários sujeitos no rito judiciário, sob *par conditio* e constância do contraditório. Segundo, ela permite perquirir a série de atos atribuída a cada sujeito e oferece a possibilidade de considerar e avaliar as posições processuais de cada um deles.<sup>175</sup>

Do trecho transcrito, já é possível inferir que a base da teoria fazzalariana é a de que no “rito judiciário” participam vários sujeitos em condição paritária e sob o crivo do contraditório; e também de que o “rito judiciário” é composto de uma série de atos atribuídos aos participantes de acordo com a posição de cada um deles.

Mais adiante, na obra, FAZZALARI esclarece que tais atos atribuídos aos sujeitos constituem “posições subjetivas” – caracterizadas como “poderes”, “faculdades” e “deveres” – e são colocados em ordem, de modo que cada um deles está ligado ao antecedente e conseqüente em uma relação de sucessão. Nas palavras do autor:

---

<sup>173</sup> Tradução livre de: “il processo sia la forma tipica di esplicazione della funzione giurisdizionale. Perché la sentenza di cui le parte sono Le destinatari à atto emanato prima di tutto nel loro interesse, e solo secondariamente nell’interesse dello Stato alla giustizia; onde soprattutto nell’esplicazione di quella funzione si è sentita la necessita che i destinatari fossero anche partecipi del processo e cioè concorressero allà determinazione dell’atto nel momento, anzi nella serie dei momenti, in cui il potere si concretizza.” (BENVENUTI, Feliciano. **Funzione amministrativa...cit.**, p. 135).

<sup>174</sup> FAZZALARI aduz que “si può proficuamente utilizzare una distinzione proposta di recente”. Em nota de rodapé o autor remete à concepção de BENVENUTI. (FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957. p. 110).

<sup>175</sup> Tradução livre de: “La fencundità di tale distinzione mi sembra evidente sotto un dúplice riflesso. Innanzitutto, essa sottolinea l’indefettibile concurso di più soggetti, quale deriva, nel rito giudiziario, dalla par conditio dei contendenti e dalla constanza del loro contraddittorio. Inoltre, e in quanto consente di enucleare relativamente a ciascuno dei soggetti del processo la serie di atti ad Esso imputati, offre la possibilita di considerare e valutare, nel loro complesso e sotto un profilo unitario, le posizioni processuali di ogni partecipe.” (FAZZALARI, Elio. **Note in tema...cit.**, p. 110-111).

O processo se compõe em abstrato de uma série de posições subjetivas (os deveres de ofícios, as faculdades e os poderes de cada uma das partes) e, em concreto, de uma série de atos (de ofício, dos atores, das testemunhas etc.): atos e posições relacionados pelo vínculo do processo, ou seja, pelo fato de que a norma os coloca em sequência ordenada, de modo que cada um pressupõe o(s) precedente(s) e é pressuposto do(s) seguinte(s).<sup>176</sup>

No texto *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, FAZZALARI consigna no seu início que ao estudioso do processo não é difícil constatar a difusão dos modelos processuais nas mais variadas atividades.<sup>177</sup> Alude que “o esquema do processo ou parte dele são empregados pela norma para disciplina de atividades não jurisdicionais.”<sup>178</sup>

Ante a proliferação do esquema processual na seara extrajudicial, o autor adverte que se faz necessário elaborar os princípios que regem o processo, a fim de distingui-lo daquilo que, embora possa parecer processo, não o é.<sup>179</sup>

FAZZALARI, então, expõe quais são as características do processo, *verbis*:

No processo, os poderes - cujo exercício é realizado através da participação das partes interessadas no provimento - são distribuídos entre os participantes, a fim de implementar uma correspondência eficaz e equivalente entre as posições subjetivas. Em termos estruturais, o desenvolvimento do processo se dá de forma dialética, verificada pela simetria das posições subjetivas, pelas mútuas implicações, bem como pela igualdade substancial na interação dos participantes. Por fim, o processo permite que os participantes exercitem um conjunto de escolhas, de reações, de controles e deva sofrer os controles e reações dos outros.<sup>180</sup>

---

<sup>176</sup> Tradução livre de: Quest'ultimo si compone, in astratto, di una serie di posizioni soggettive (i doveri dell'ufficio, le facultà e i potere di ciascuna delle parti) e, in concreto, di una serie di atti (dell'ufficio, dell'attore, del convenuto etc.): atti e (posizioni) legati dal vincolo di procedimento, cioè dal fatto che la norma li colloca in ordinata sequenza, di guisa che ognuno di essi presuppone il precedente (o i precedenti) ed è presupposto del seguente (o dei seguenti). (FAZZALARI, Elio. **Note in tema...cit.**, p. 110).

<sup>177</sup> Nas palavras do autor: “Lo studioso del processo che, nell'intento di verificare l'aderenza della propria indagine alla realtà, contemplasse gli schemi, vari e numerosi, man mano offerti dall'ordinamento positivo, non durerebbe fatica a constatare la diffusione di moduli processuali in svariate attività.” (FAZZALARI, Elio. **Diffusione del processo e compiti della dottrina**. In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. v. 2, a. 12, 1958, p. 861).

<sup>178</sup> Id. Ibid.

<sup>179</sup> FAZZALARI, Elio. **Diffusione del processo...cit.**, p. 862 e 868.

<sup>180</sup> Tradução livre de: “nel processo, i poteri, attraverso il cui esercizio si attua la partecipazione degli interessati alla fase preparatoria del provvedimento, sono distribuiti dalla norma fra i partecipanti in maniera da attuare una effettiva corrispondenza ed equivalenza fra le posizioni. Alla struttura corrisponde lo svolgimento dialettico del processo: la simetria delle posizione soggettive, la loro mutua implicazione, la loro sostanziale parità si traducono, per ciascuno dei partecipanti, nella possibilità di interloquire non episodicamente e soprattutto di esercitare un insieme – cospicuo o modesto non importa – di controlli, di reazioni e scelte, e nella necessità di subire i controlli e le reazioni altrui.” (FAZZALARI, Elio. **Diffusione del processo...cit.**, p. 869.).

Eis os elementos que constituem o processo segundo FAZZALARI e que interessam sobremaneira ao estudo do contraditório prévio ao juízo sobre a ação.

Consoante se infere do trecho transcrito, o processo se realiza mediante a participação das partes interessadas no provimento. Os atos são distribuídos entre as partes de forma simétrica, a fim de privilegiar a “igualdade substancial na interação dos participantes” e assim garantir a dialeticidade na formação do provimento.

Esta preocupação de FAZZALARI com a participação das partes em *par conditio* na construção do provimento ficará ainda mais evidente no livro *Teoria generale del diritto processual*.

O livro *Teoria generale del diritto processual* foi publicado em 1975 e posteriormente teve seu título alterado para *Instituzioni di diritto processuale*.

Trata-se de extenso manual de direito processual, no qual o autor discorre sobre diversos temas. Interessa a investigação fazzalariana a respeito da concepção de processo como procedimento realizado em contraditório, a qual já foi em parte trabalhada nos textos acima mencionados. No manual, a questão é retomada e tratada de maneira aprofundada.

No capítulo destinado ao estudo da estrutura do processo, FAZZALARI retoma a distinção entre processo e procedimento. Assevera que predomina entre os processualistas uma precária distinção entre os institutos, segundo a qual vê-se no processo “mera sucessão de procedimento”<sup>181</sup>. Feita esta observação, FAZZALARI passa a expor a sua concepção de procedimento e de processo para depois anunciar o último com espécie do primeiro.

A compreensão da teoria fazzalariana demanda o esclarecimento do que o autor considera norma e posição jurídica subjetiva. É que FAZZALARI vislumbra o procedimento como uma sequência de atos – na qual um ato é consequência do que o precede e pressuposto do que o segue –, previstos pela norma e praticados pelo(s) sujeito(s) no decorrer do *iter* procedimental, de acordo com a sua posição jurídica.

---

<sup>181</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 111.

A norma é vislumbrada por FAZZALARI a partir de um ponto de vista estrutural. Segundo o autor, a norma contém a descrição do comportamento que se pretende regular e a sua qualificação como lícito ou obrigatório. Exemplifica o autor: “o pagamento do devedor é obrigatório; a cultura do terreno por parte do proprietário é lícita”.<sup>182</sup>

Do viés estrutural da norma, é possível extrair o que o autor considera posição jurídica subjetiva.

Primeiro deve-se individualizar o sujeito a quem a norma se dirige. Para tanto, basta verificar o modelo de comportamento por ela descrito, ou seja, qual a situação por ela contemplada e daí se inferir o seu destinatário. Individualizado o sujeito a quem a norma se dirige, é possível inferir a posição dele em relação à norma. A posição do sujeito pode ser valorada como obrigatória (por exemplo, a quitação do débito pelo devedor) ou como lícita (por exemplo, a faculdade de cultivar o terreno). Nas palavras do autor:

a posição (jurídica) subjetiva é indicada com o termo faculdade, se a conduta é valorada (pela norma) como ‘lícita’ (por exemplo, a faculdade de cultivar o terreno); e é indicada com o termo ‘dever’, se tal posição é valorada como ‘obrigatória’ (por exemplo, pela norma que qualifica como ‘obrigatório’ o pagamento do débito por parte do devedor, extrai-se a ‘obrigação’ deste último de pagar).<sup>183</sup>

Disso se infere que a posição jurídica do sujeito frente à norma é tida como faculdade ou como dever. A estas duas posições jurídicas, FAZZALARI acrescenta outra, o poder. Destaca que o poder não pode ser confundido com faculdade. A faculdade “ocorre quando o comportamento lícito é mero ato (o abatimento da árvore)”<sup>184</sup>; já o poder ocorre quando o comportamento “se converte em um negócio (a venda da casa própria).”<sup>185</sup>

Em última análise, posição jurídica subjetiva é a posição do sujeito frente à norma, que, por sua vez, qualifica a conduta do sujeito como lícita, facultada ou devida.

---

<sup>182</sup> FAZZALARI, E. **Instituições de direito...cit.**, p. 78.

<sup>183</sup> FAZZALARI, E. **Instituições de direito...cit.**, p. 81.

<sup>184</sup> FAZZALARI, E. **Instituições de direito...cit.**, p. 82.

<sup>185</sup> Id. *Ibid.*

Aplicados estes institutos à atividade processual jurisdicional, tem-se que os atos praticados pelo juiz são, para FAZZALARI, qualificados como deveres: “No que concerne aos atos processuais do juiz e dos seus auxiliares, eles são sempre qualificados pelas normas que lhes disciplinam como atos de ‘dever’.”<sup>186</sup> Já os atos das partes podem ser poderes, deveres ou faculdades. Explica FAZZALARI:

Os atos das partes são, ao invés, qualificados como “lícitos” ou como “devidos; constituem, por isso, ou “poderes” (se consistem em declarações de vontade), ou “faculdades” (se consistem em meros atos), ou “deveres”. Por exemplo, a parte tem poder de aprovar jurado julgador, faculdade de alegar fatos, dever de exhibir prova (art. 210 CPC) quando o papel de “parte” é representado por órgão público (como pelo ministério público, na condição de órgão agente ou interveniente), mesmo as condutas valoradas pela lei processual como “lícitas” deve considerar-se devidas. Isso com base nas normas que governam aquele órgão e que lhe impõe cumprir, talvez com uma margem de discricionariedade, determinados deveres, em cujo âmbito se enquadra a atividade processual.<sup>187 188</sup>

Quando a lei concede à parte uma faculdade ou um poder, estas posições jurídicas se não forem aproveitadas, acarretam um prejuízo à parte. Explica FAZZALARI:

É, enfim, de se acrescentar que, quando se coloca do ponto de vista do conteúdo dos atos e se constata que, na ausência do exercício de uma faculdade ou de um poder, a lei processual conecta consequências prejudiciais para o titular daquela faculdade ou daquele poder - no sentido que regula uma sucessiva atividade de modo que ela realize uma situação desfavorável para aquele titular: por exemplo, impõe ao juiz considerar inexistente o fato em relação ao qual a parte interessada não tenha exercitado a faculdade de fornecer provas suficientes -; quando isso se verifique, poderá indicar-se a faculdade ou o poder como “ônus”; como ato que o sujeito pode cumprir ou mesmo não, mas cuja ausência se resolve em seu prejuízo.<sup>189</sup>

Nesta quadra, até seria possível se vislumbrar uma aproximação com a teoria do processo como relação jurídica, na medida em que FAZZALARI alude a

---

<sup>186</sup> FAZZALARI, E. *Instituições de direito...cit.*, p. 497.

<sup>187</sup> FAZZALARI, E. *Instituições de direito...cit.*, p. 499

<sup>188</sup> O tema do processo como procedimento em contraditório no processo penal será abordado em destaque oportunamente, porém calha, apenas para ilustrar a sua aplicação ao processo penal, trazer à lume exemplos das posições subjetivas verificáveis no procedimento penal. Alexandre Morais da ROSA e Sylvio Lourenço da SILVEIRA FILHO citam os seguintes exemplos: “Os atos processuais lícitos se mostram como poderes decorrentes do exercício da vontade, regulados por normas processuais, perante as quais o sujeito possui o poder de agir (confissão judicial), a faculdade (arrolar testemunhas) e ônus (no caso da imposição de consequências pelo descumprimento da norma).” **(Para um processo penal democrático.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 73.).

<sup>189</sup> FAZZALARI, E. *Instituições de direito...cit.*, p. 499-500

deveres processuais, e também com a teoria do processo como situação jurídica, tendo em vista que o autor vislumbra o advento de “prejuízo processual”, ante o não aproveitamento de uma “chance processual”, a qual ele denomina faculdade ou poder.

Feitas estas anotações iniciais acerca dos conceitos que norteiam a investigação de FAZZALARI, apresenta-se o seu conceito de procedimento lavrado no seu *Instituzioni di diritto processuale*:

O procedimento é, enfim, visto como uma série de “faculdades”, “poderes”, “deveres”, quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso e que resultam também elas necessariamente ligadas, de modo que, por exemplo, um poder dirigido a um sujeito depois que um dever tenha sido cumprido, por ele ou por outros, e por sua vez o exercício de poder constitua o pressuposto para o insurgir-se de um outro poder (ou faculdade ou dever).<sup>190</sup>

Note-se que o conceito ora apresentado não diverge dos conceitos anteriormente delineados pelo autor. Porém, é de ver que, esclarecidos os conceitos básicos da teoria fazzalariana, a concepção de procedimento apresenta-se mais clara.

Outro traço marcante na concepção de procedimento em FAZZALARI é o “regime de validade e eficácia de cada ato do procedimento”. Assevera FAZZALARI que cada ato do procedimento está ligado ao seu antecedente e conseqüente em uma relação de sucessão, da qual se infere a validade e eficácia de cada um deles e do provimento final.

É desta relação de validade e eficácia entre os atos do procedimento que FAZZALARI destaca a importância da teoria do procedimento, *verbis*:

o regime de validade e eficácia de cada ato do procedimento, daquele final, depende da regularidade ou irregularidade do ato que o precede e influi sobre a validade e sobre a eficácia do ato e dos atos dependentes que o seguem (compreendido aquele final). Em tudo isso está a confirmação da validade teórica da noção de procedimento e da sua necessidade.<sup>191 192</sup>

<sup>190</sup> FAZZALARI, E. *Instituições de direito...cit.*, p. 114.

<sup>191</sup> FAZZALARI, E. *Instituições de direito...cit.*, p. 117.

<sup>192</sup> Sobre a relevância da concepção de procedimento em FAZZALARI, consigna Aroldo Plínio GONÇALVES: “Se o procedimento fosse considerado apenas como uma série de normas, atos e de posições subjetivas, o ato jurídico isoladamente considerado poderia produzir nele seus efeitos. Mas o procedimento é mais do que uma mera sequência normativa, que disciplina atos e posições subjetivas, porque faz depender a validade de cada um de sua posição na estrutura, que requer o

Finda a exposição acerca do procedimento, FAZZALARI passa a discorrer sobre o processo e retoma, nos mesmos termos,<sup>193</sup> o conceito já apresentado no texto “*Diffusione del processo e compiti della dottrina*”.

FAZZALARI acrescenta que não basta, para distinguir o processo do procedimento, argumentar que “o processo tem a participação de mais sujeitos, cujos atos que o constituem são movidos não somente pelo autor do ato final, mas também por outros sujeitos.”<sup>194</sup>

Com efeito, em FAZZALARI, a diferença entre o processo e procedimento não está na quantidade de sujeitos que deles participam, até porque o procedimento em sentido estrito pode ser plurissubjetivo e ainda assim não ser considerado processo.

Registra o autor: “é necessária (à configuração do processo) alguma coisa a mais e diversa; uma coisa que os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório.”<sup>195</sup>

Portanto, e em última análise, é o contraditório a marca do processo.

Porém, para identificação do processo, é necessário que o contraditório seja distribuído de forma paritária entre os destinatários do provimento. Pontua FAZZALARI:

“É necessário, portanto, para identificar o processo, que haja uma série de normas (atos e posições jurídicas) que se reportem aos destinatários dos efeitos do provimento, realizando entre eles um contraditório paritário.”<sup>196</sup>

Desta afirmação é possível extrair duas questões deveras importantes ao tema do juízo de admissibilidade da ação penal.

A primeira é que o provimento é ato do qual emergem efeitos aos seus destinatários e a segunda é de que o provimento – como ato de caráter imperativo,

---

cumprimento do seu pressuposto.” (**Técnica processual e teoria do processo**. 2ª ed. Belo Horizonte, Del Rey: 2012. p. 95.).

<sup>193</sup> FAZZALARI, E. **Instituições de direito...cit.**, p. 119 -120.

<sup>194</sup> FAZZALARI, E. **Instituições de direito...cit.**, p. 119.

<sup>195</sup> Id. Ibid.

<sup>196</sup> FAZZALARI, E. **Instituições de direito...cit.**, p. 121.

dado que repercute na esfera dos seus destinatários – deve ser precedido de contraditório paritário.

Com efeito, se uma dada decisão se destina a provocar efeitos na esfera dos jurisdicionados, é salutar que eles sejam convidados a se manifestar antes da sua emissão. É esta repercussão na esfera do cidadão que o legitima a participar da formação da decisão. À esta posição do jurisdicionado, FAZZALARI denominou “situação legitimante”.<sup>197</sup>

Sobre a “situação legitimante”, assevera FAZZALARI que uma vez que provimento afeta os seus destinatários “é óbvia a exigência que eles, enquanto estão para tornar-se destinatários da eficácia do provimento jurisdicional, participem do *iter* de formação do mesmo.”<sup>198</sup>

É de se ver, por fim, que o procedimento pode contemplar mais de um provimento: “Não raramente, o provimento não é o último ato do procedimento do ponto de vista temporal: algumas vezes o procedimento se divide em mais fases que resultam, cada uma, em um provimento.”<sup>199</sup>

Assim, o contraditório deve estar presente no *iter* procedimental, de modo a anteceder qualquer decisão cujos efeitos repercutem na esfera de seus destinatários e não apenas às decisões que encerram o processo.

### 3.6.1 Recepção da teoria de FAZZALARI e a sua incorporação no processo penal

Se comparada à produção em teórica em torno da teoria do processo como relação e situação jurídica, há que observar que não são muitos os autores que dedicam seus estudos à concepção da teoria do processo como procedimento em contraditório. Isso se justifica porque a teoria de FAZZALARI é muito recente se comparada às obras de BÜLOW e GOLSDSCHMIDT.

No Brasil, dentre os autores que tratam da concepção fazzalariana, destacam-se os seguintes: Aroldo Plínio GONÇALVES, Rosemiro Pereira LEAL, Dierle José Coelho NUNES, Leonardo Augusto Marinho MARQUES, Flaviane de

---

<sup>197</sup> FAZZALARI, E. **Instituições de direito...cit.**, p. 368-369.

<sup>198</sup> FAZZALARI, E. **Instituições de direito...cit.**, p. 369.

<sup>199</sup> FAZZALARI, E. **Instituições de direito...cit.**, p. 115.

Magalhães BARROS, João Porto SILVÉRIO JÚNIOR, Alexandre Moraes da ROSA e Sylvio Lourenço da SILVEIRA FILHO.

Leonardo Augusto Marinho MARQUES mostra de que forma a concepção fazzalariana de processo contribui para a democratização do processo penal.

Partindo da previsão constitucional de que todo o poder emana do povo (artigo 1º, parágrafo único da Constituição da República), Leonardo MARQUES e Christiano FREITAS asseveram que “toda e qualquer atividade estatal, principalmente aquela que interfere na situação do indivíduo, somente se legitima com a efetiva participação dos interessados.”<sup>200</sup> Neste contexto, “a atividade jurisdicional, sendo ato estatal, se prende a essa regra, sendo a única forma de seus provimentos serem dotados de legitimidade.”<sup>201</sup> Daí a importância do conceito de procedimento em FAZZALARI:

Percebe-se, assim, que o procedimento concebido como atividade preparatória do ato de poder do Estado, produzido por seus órgãos, no âmbito de sua competência, supera aquela noção puramente formalística, que o colocava como mera ordenação dos atos que se sucedem no processo. O procedimento é, na verdade, uma concepção do Estado Democrático de Direito, porque contribui para o exercício legítimo do poder político. Ao preparar o provimento final, o procedimento valida os efeitos suportados pelos administrados, pelos jurisdicionados e pela sociedade.<sup>202</sup>

O procedimento, como estrutura que prepara o ato imperativo do Estado, quando respeitado, legitima a repercussão do provimento emanado pelo órgão do Estado na esfera dos cidadãos. Ocorre que a Constituição da República, por conceber o regime democrático, exige a participação efetiva dos cidadãos na formação do provimento estatal destinado a eles. Nas palavras de Leonardo Augusto Marinho MARQUES:

Verificou-se que ao preparar o ato imperativo do Estado, impondo-lhe uma estrutura normativa específica, o procedimento legitima o efeito causado pelo provimento na esfera de direitos dos cidadãos. Acontece que, em certas situações, as ordens jurídicas contemporâneas exigem, para a repercussão legítima do ato imperativo do Estado, um controle maior sobre a atividade preparatória do provimento. Neste caso, o Estado Democrático

---

<sup>200</sup> FREITAS, Christiano Rodrigo Gomes de; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Processo penal e democracia**: justificação pelo binômio inclusão dos interessados – promoção dos direitos fundamentais. (anais de seminário). Maringá, CONPEDI, 2009. p. 6541.

<sup>201</sup> Id. Ibid.

<sup>202</sup> MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Da justa causa para a ação penal**. Belo Horizonte: Movimento Editorial, 2006, p. 64.

de Direito, em nome da segurança jurídica, impõe a democratização do procedimento, com a participação efetiva, em todas as etapas, daqueles cidadãos que têm interesse no provimento.<sup>203</sup>

Neste contexto, da concepção de FAZZALARI representa um impulso à democracia processual, uma vez que exige a efetiva participação das partes na construção das decisões judiciais:

A elaboração de um processo penal democrático e em atendimento às prescrições constitucionais deve incluir as partes no discurso e ter como finalidade precípua a realização, a efetivação, a promoção dos direitos fundamentais, com o que se estará implementando o Estado Democrático de Direito.<sup>204</sup>

Em termos de técnica processual, Aroldo Plínio GONÇALVES destaca a importância da contribuição de FAZZALARI em relação à superação do critério teleológico como base de distinção entre o processo e o procedimento.<sup>205</sup>

De acordo com a doutrina que distingue o processo do procedimento com base no critério teleológico – por todos, cita-se Ada Pellegrini GRINOVER, Cândido Rangel DINAMARCO e Antonio Carlos de Araújo CITRA –, infere-se que o procedimento é “apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica.”<sup>206</sup> Já o processo é abarcado por noção “essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional).”<sup>207</sup> O processo é, nesta concepção, “instrumento através do qual a jurisdição opera”<sup>208</sup>, enquanto que o procedimento é “mero aspecto formal do processo.”<sup>209</sup>

Aroldo Plínio GONÇALVES aduz que esta concepção “diluiu o procedimento no processo”<sup>210</sup>, de modo que “o processo absorveu-o e anulou sua importância”<sup>211</sup>. Pontua o autor:

---

<sup>203</sup> MARQUES, L. A. M. **Da justa causa...cit.**, p. 65.

<sup>204</sup> FREITAS, C. R. G.; MARQUES, L. A. M. **Processo penal...cit.**, p. 6540.

<sup>205</sup> GONÇALVES, A. P. **Técnica processual...cit.**, p. 53-55.

<sup>206</sup> CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral...cit.**, p. 297.

<sup>207</sup> Id. *Ibid.*

<sup>208</sup> Id. *Ibid.*

<sup>209</sup> CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral...cit.**, p. 298.

<sup>210</sup> GONÇALVES, A. P. **Técnica processual...cit.**, p. 55.

A distinção pelo critério teleológico propicia ao processo a abertura de um leque de finalidades, dentre as quais a atuação do direito, mas suscita, dentre outras questões, um problema para o qual não se encontra resposta adequada. É que o procedimento se constitui em meio necessário (pois não aboliu, ainda, a necessidade da existência do procedimento) para a existência, ou o desenvolvimento, ou a ordenação do processo, tem, então, o caráter teleológico que toda técnica intrínseca comporta, como meio idôneo para atingir finalidades. Mesmo considerado como meio de se estamparem os atos do processo, o procedimento estaria impregnado de sentido teleológico, porque sua finalidade, já explícita em sua funcionalidade, não poderia ser negada.<sup>212</sup>

Com FAZZALARI, o procedimento ganha nova dimensão. Flaviane de Magalhães BARROS, a partir da concepção de FAZZALARI, assim sintetiza o procedimento:

- a) série de normas através da qual se regulamenta a produção do ato final, que, normalmente, se trata de um provimento, ou mero ato. Cada norma regula uma determinada conduta (qualificada como lícita ou devida), mas enuncia-se como pressuposto para a execução de uma conduta regulada por outra norma;
- b) o procedimento apresenta-se como uma seqüência de atos, previstos e valorados pela norma;
- c) o procedimento compõe-se de uma série de faculdades, poderes e deveres: quantos e quais, são as posições subjetivas, que se obtêm pela norma em questão.<sup>213</sup>

Veja-se que a importância da concepção fazzalariana reside na ideia de que, mais do que uma seqüência de atos, o procedimento trata do elo de sucessão entre tais atos – constituídos pela participação dos sujeitos envolvidos, de acordo com suas posições subjetivas – de modo que a regularidade de um ato legitima a validade do outro. Há, assim, na concepção fazzalariana, um regime de validade e eficácia que permeia o procedimento.

Alexandre Morais da ROSA e Sylvio Lourenço da SILVEIRA FILHO, na obra “Para um processo penal democrático”, destacam que com FAZZALARI ganha relevo a noção de que as partes devem participar do procedimento “com paridade de armas, sem a existência de privilégios, estabelecendo-se uma comunicação entre os

---

<sup>211</sup> Id. Ibid.

<sup>212</sup> Id. Ibid.

<sup>213</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. **O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari**. *Revista eletrônica da Faculdade mineira de Direito*, Belo Horizonte, a. 2, 2003, p. 6. Disponível no sítio eletrônico: [www.fmd.pucminas.br](http://www.fmd.pucminas.br) acesso 19/12/2014.

envolvidos e mediada pelo Estado”.<sup>214</sup> Asseveram que o contraditório “precisa guardar igualdade de oportunidades”<sup>215</sup>, ainda que isso demande a “revisão de diversas regras do Código de Processo Penal brasileiro”<sup>216</sup>.

Aury LOPES JÚNIOR, por sua vez, vislumbra a teoria de FAZZALARI como uma continuação da doutrina de GOLDSCHMIDT.<sup>217</sup> O autor nega seja possível compatibilizar a teoria do autor italiano a teoria de BÜLOW.

Em sentido oposto, Ada Pellegrini GRINOVER, Cândido Rangel DINAMARCO e Antonio Carlos de Araújo CITRA vislumbram que a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório é compatível com a teoria da relação jurídica e, inclusive, se complementam:

Em tempos mais recentes, na Itália surgiu o novo pensamento de Elio Fazzalari, repudiando a inserção da relação jurídica processual no conceito de processo. Fala do ‘módulo processual’ representado pelo procedimento realizado em contraditório e propõe que, no lugar daquela, se passe a considerar como elemento do processo essa abertura à participação, que é constitucionalmente garantida.

Na realidade, a presença da relação jurídico-processual no processo é a projeção jurídica e instrumentação técnica da exigência político-constitucional do contraditório. Terem as partes poderes e faculdades no processo, ao lado de deveres, ônus e sujeição, significa, de um lado, estarem envolvidas numa relação jurídica; de outro, significa que o processo é realizado em contraditório. Não há qualquer incompatibilidade entre essas duas facetas da mesma realidade.<sup>218</sup>

E, mais adiante, prosseguem:

É lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre os seus sujeitos, presente o contraditório. Ao garantir a observância do contraditório a todos os “litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral”, está a Constituição (art. 5º, inc. LV) formulando a solene exigência política de que a preparação de sentenças e demais provimentos estatais se faça mediante o desenvolvimento da relação jurídica processual.<sup>219</sup>

A aproximação da teoria de BÜLOW à concepção do processo como procedimento em contraditório não merece prosperar.

<sup>214</sup> ROSA, A. M.; SILVEIRA FILHO, S. L. **Para um processo... cit.**, p. 76.

<sup>215</sup> ROSA, A. M.; SILVEIRA FILHO, S. L. **Para um processo... cit.**, p. 78.

<sup>216</sup> Id. *Ibid.*

<sup>217</sup> LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 83.

<sup>218</sup> CITRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral...cit.**, p. 305.

<sup>219</sup> Id. *Ibid.*

Em seu “Instituições de direito processual”, FAZZALARI mostra-se crítico à aplicação do esquema da relação jurídica ao processo. O autor assevera que a figura da relação jurídica encontra-se “em declínio exatamente pela impossibilidade de empregá-la em relação às complexas relações entre normas (Pensa-se, aliás, no emprego impróprio que do esquema da relação jurídica por tanto tempo se fez a fim de definir a estrutura do processo)”.<sup>220</sup>

A incompatibilidade entre as duas teorias reside na concepção que cada autor tem da posição em que os sujeitos têm frente ao processo.

Explica-se. Em BÜLOW, o sujeito processual ostenta deveres e poderes em relação à outra parte e ao juiz, a relação é travada entre os sujeitos, ao dever de um corresponde o direito do outro. Neste esquema, as partes têm direitos e deveres entre si, assim como o juiz tem deveres em relação às partes e elas em relação a ele.

No esquema processual de FAZZALARI os sujeitos processuais não têm relação entre si. A norma estabelece a relação do sujeito com o ato e lhe qualifica como dever, faculdade e poder, de modo que o desatendimento da norma importa prejuízo ao sujeito.

Outra incompatibilidade entre a teoria da relação jurídica e a teoria fazzalariana é destacada por Aroldo Plínio GONÇALVES e diz com a impossibilidade de garantir o contraditório e simultaneamente estabelecer o processo como vínculo de subordinação entre as partes. Pontua GONÇALVES: “a caracterização do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes não é compatível com o conceito de processo como relação jurídica.”<sup>221</sup> Mais adiante explica:

O conceito de relação jurídica é o de vínculo de exigibilidade, de subordinação, de supra e infraordenação, de sujeição. Uma garantia não é uma imposição, é uma liberdade protegida, não pode ser coativamente oferecida e não se identifica como instrumento de sujeição. Garantia é liberdade assegurada. Se contraditório é garantia de simétrica igualdade de participação no processo, como conciliá-lo com a categoria de relação jurídica? Os conceitos de garantia e vínculo de sujeição vêm de esquemas teóricos distintos. O processo como relação jurídica e como procedimento em contraditório realizado entre as partes não se encontram no mesmo

---

<sup>220</sup> FAZZALARI, E. **Instituições de direito...** cit., p. 85.

<sup>221</sup> GONÇALVES, A. P. **Técnica processual...** cit., p. 113.

quadro, e não há ponto de identificação entre eles que permita sua unificação conceitual.<sup>222</sup>

Na mesma linha, destaca Leonardo MARQUES:

Ocorre que a concepção do processo como relação jurídica é absolutamente incompatível com o procedimento realizado em contraditório entre as partes. A relação jurídica pressupõe a existência de um vínculo de sujeição entre as partes, capaz de explicar o poder de uma sobre a conduta da outra. O conceito moderno de contraditório, ao contrário, foi reformulado com base na igualdade de todos perante a lei; no lugar de vínculo de exigibilidade, o contraditório assegura a igualdade de condições, a igualdade de oportunidades, a igualdade de tratamento. As faculdades e os poderes são exercidos, no processo, em nome da liberdade assegurada pelo ordenamento, não do vínculo de sujeição que caracteriza a relação jurídico-processual.<sup>223</sup>

Mais adiante, conclui:

A nova estrutura do processo, concebida como procedimento em contraditório, decorre de uma construção doutrinária que repudia o vínculo de sujeição entre as partes e o poder de exigibilidade de uma sobre a conduta da outra, sustentando, no seu lugar, a simétrica paridade no processo.<sup>224</sup>

Para Aury LOPES JÚNIOR a obra de FAZZALARI pode ser considerada uma continuidade da doutrina de GOLDSCHMIDT:

A teoria do processo como procedimento em contraditório pode ser considerada como uma continuidade dos estudos de James GOLDSCHMIDT (processo como situação jurídica), ainda que isto não seja assumido pelo autor (nem pela maioria dos seus seguidores), mas é notória a influência do professor alemão. Basta atentar para as categorias de “posições subjetivas”, “direitos e obrigações probatórias”, que se desenvolvem em uma dinâmica, através do conjunto de “situações jurídicas” nascidas do “procedere”, e que geram uma posição de vantagem (proeminência) em relação ao objeto do processo etc., para verificar que as categorias de situação jurídica, chances, aproveitamento de chance, liberação de cargas processuais, expectativas e perspectivas de GOLDSCHMIDT foram internalizadas conceitualmente por FAZZALARI, que também é um crítico da teoria de BÜLOW, cujo teoria rotula de “vecchio e inadatto clichê pandettistico del rapporto giuridico processuale”, ou seja, um velho e inadequado clichê pandetístico.<sup>225</sup>

---

<sup>222</sup> Id. *Ibid.*

<sup>223</sup> MARQUES, L. A. M. **Da justa causa...cit.**, 2006. p. 77.

<sup>224</sup> MARQUES, L. A. M. **Da justa causa...cit.**, 2006. p. 81-82.

<sup>225</sup> LOPES JÚNIOR, A. C. L. **Direito processual...cit.**, p. 83.

Aury LOPES JÚNIOR entende que a teoria do processo como procedimento contraditório tem muito a contribuir para a democratização do processo penal.<sup>226</sup> Contudo, adverte, não sem razão, que “a tese de FAZZALARI, sozinha, não dá conta do objeto processo penal”<sup>227</sup>, pois está voltada a teoria geral do processo e procura explicar os institutos processuais de um ponto de vista estranho ao processo penal. Registra: “FAZZALARI é um processualista civil e desde esse lugar estrutura sua teoria, com a ambição de (também) dar conta da complexidade do processo penal”.<sup>228</sup>

Consoante se alertou no início deste capítulo, os três autores estudados neste ponto não produziram suas teorias especificamente para o processo penal. BÜLOW e GOLDSCHMIDT tinham sob suas lentes, precipuamente, o processo civil, enquanto que FAZZALARI buscou construir uma teoria geral do processo.

Não obstante, como se disse, a autonomia do direito processual penal é recente, tem sido, no Brasil, tarefa da atual doutrina demonstrar a inadequação da transposição das categorias do processo civil para o processo penal.

Daí por que, considerando que a autonomia do processo penal ainda encontra-se em processo de desenvolvimento, não é de se estranhar que se utilize de teorias cunhadas ao processo civil ou à teoria geral do processo para explicar, guardadas as proporções, as questões afetas ao direito processual penal.

Esclarecidos os aspectos da teoria de FAZZALARI que importam à presente pesquisa, bem como vislumbrada sua recepção pelos doutrinadores brasileiros que se dedicam ao seu estudo, é tempo de discorrer sobre o contraditório como elemento de construção do provimento jurisdicional.

### 3.7 O CONTRADITÓRIO COMO ELEMENTO DE CONSTRUÇÃO DO PROVIMENTO JURISDICIONAL: PARTICIPAÇÃO SIMÉTRICA E GARANTIA DE NÃO-SURPRESA

Estudadas as teorias do processo, é de se notar a importância da contribuição das doutrinas de BÜLOW, GOLDSCHMIDT – complementada pela

---

<sup>226</sup> LOPES JÚNIOR, A. C. L. **Direito processual...cit.**, p. 88.

<sup>227</sup> LOPES JÚNIOR, A. C. L. **Direito processual...cit.**, p. 83.

<sup>228</sup> LOPES JÚNIOR, A. C. L. **Direito processual...cit.**, p. 87.

doutrina de CALAMANDREI – e FAZZALARI no tema do contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da ação penal.

Ainda que possa parecer que foi somente com FAZZALARI que se assentou a importância da participação das partes em *par conditio* na construção do provimento jurisdicional, não se pode olvidar do legado de BÜLOW e GOLDSCHMIDT.

Com efeito, BÜLOW sedimentou que, vislumbrado o processo como relação jurídica, as partes dele participam a título de direitos e obrigações. Trata-se, como se viu, de importante lição, pois restou evidenciada a qualidade do imputado de sujeito de direitos e afastada a ideia de que ele seria mero objeto da persecução penal.

Em GOLDSCHMIDT a participação das partes no deslinde do procedimento ganha outra mirada. Na doutrina do processo como situação jurídica, as partes atuam de acordo com chances processuais e em vista de uma vantagem ou prejuízo processual.

A complementação da doutrina de GOLDSCHMIDT por CALAMANDREI é de suma importância à consolidação da matéria. Com CALAMANDREI, além da atuação das partes em sede de chances processuais, a sua participação no procedimento se dá em igualdade de condições. Na perspectiva do processo como jogo, o movimento realizado por uma parte abre à outra a oportunidade de contraditá-lo, em uma cadeia de ação e reação.

Por fim, com FAZZALARI, a necessidade do exercício do contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da ação penal fica ainda mais evidente. A par da importância da concepção do processo como procedimento realizado em contraditório, o que realmente merece destaque na teoria de FAZZALARI é a ideia de que o provimento jurisdicional, quando destinado a surtir efeitos na esfera dos jurisdicionados, deve ser precedido do contraditório paritário. Desta forma, considerada a repercussão do juízo de admissibilidade da ação penal na esfera do acusado, uma vez que delimita ele ser processado ou não, é imprescindível e constitucional que ele seja convidado a se manifestar antes da emissão do provimento.

Importa agora analisar no que consiste o contraditório como elemento de construção do provimento jurisdicional.

É tradicional a concepção do contraditório como direito à informação e reação<sup>229</sup>, conforme, na doutrina brasileira, sedimentou Joaquim Canuto Mendes de ALMEIDA: “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los.”<sup>230 231</sup>

A esta tradicional concepção de contraditório agregam-se outras duas qualidades. Uma, no sentido de que o contraditório constitui possibilidade de influência nas decisões judiciais e outra de que o contraditório traz em seu bojo a atuação das partes em simétrica paridade.

Contra a tradicional concepção de contraditório insurge-se Dierle José Coelho NUNES. Adverte o autor que ela reduz o contraditório ao direito de ser ouvido pelo juiz:

Assim, bastariam o dizer e o contradizer das partes para garantir o seu respeito, mesmo que estas ações não encontrassem ressonância na estrutura procedimental e no conteúdo das decisões, permitindo deste modo, tão-somente uma participação fictícia e aparente.<sup>232</sup>

O autor ressalta que o contraditório, além de garantir informação e reação, deve ir além, a fim de constituir possibilidade de influência na formação das decisões judiciais:

Neste estado democrático, os cidadãos não podem mais se enxergar como sujeitos espectadores e inertes nos assuntos que lhes tragam interesse, e sim serem participantes ativos e que influenciem no procedimento formativo dos atos administrativos, das leis e das decisões judiciais, e este é o cerne da garantia do contraditório.<sup>233</sup>

---

<sup>229</sup> Sobre este viés do contraditório, também o anuncia Dierle José Coelho NUNES: “Em uma acepção tradicional, o princípio do contraditório é entendido tão-somente como um direito de bilateralidade da audiência, possibilitando às partes a devida informação e a possibilidade de reação.” (**O princípio do contraditório**. *RDCPC*. n. 29 – mai./jun., 2004, p. 75.).

<sup>230</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 82.

<sup>231</sup> Sobre o conceito de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, aduz Cândido Rangel DINAMARCO ser ele suficiente para a apreensão do conteúdo do contraditório: “Entre nós é bem conhecida a conceituação dada pelo Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, do princípio do contraditório como sendo a expressão da ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los. Essa conceituação do Prof. Canuto parece-me que cobre todo o campo e abrange todo o conteúdo da garantia do contraditório.” (**Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais 1986, p. 93.).

<sup>232</sup> NUNES, D. J. C. **O princípio...cit.**, p. 76.

<sup>233</sup> NUNES, D. J. C. **O princípio...cit.**, p. 74.

Tal possibilidade de influência na construção do provimento jurisdicional foi tratada por Dierle NUNES como garantia de não-surpresa.<sup>234</sup>

Não se trata de novidade no campo processual.

Ada Pellegrini GRINOVER já havia apontado o contraditório como direito de influência:

Do contraditório, como princípio de participação, surge uma importante indicação, que foi salientada pelas doutrinas alemã e italiana: o objetivo principal da garantia não é a defesa, entendida em sentido negativo como oposição ou resistência, mas sim a 'influência', tomada como 'Mitwirkungsbefugnis (Zleuner) ou 'Einwirkungsmöglichkeit' (Baur), ou seja, como direito ou possibilidade de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e sobre o resultado do processo.<sup>235</sup>

Jorge de Figueiredo DIAS, por seu turno, também apontou a precariedade da concepção, segundo a qual o contraditório se esgotaria em mero direito de "oposição e contestação"<sup>236</sup>.

Em 1974, quando publicou sua obra "Direito processual penal", Figueiredo DIAS, pontuou que a concepção de contraditório "como <colóquio> ou <diálogo>"<sup>237</sup> não impõe uma participação efetiva das partes no decurso do procedimento, pois a bilateralidade de audiência "acaba por se bastar com uma geral possibilidade de oposição e contestação, ou de exposição pelo arguido das suas próprias razões."<sup>238</sup>

O autor português, então, consignou que o princípio do contraditório agrega a "<com-participação> de todos os interessados na criação da decisão"<sup>239</sup>, eis que constitui direito de cada participante em "influir, através de sua audição pelo tribunal, no decurso do processo."<sup>240</sup>

Figueiredo DIAS aduz que o contraditório exige que o participante do processo "não seja tornado em objecto das decisões judiciais, mas continue, como

---

<sup>234</sup> Sobre o contraditório como garantia de não-surpresa, enuncia Dierle NUNES: "o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não-supresa, que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que 'em solitária onipotência' aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou ambas as partes." (NUNES, D. J. C. **O princípio...cit.**, p. 83.)

<sup>235</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O conteúdo da garantia do contraditório**. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 19.

<sup>236</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 151.

<sup>237</sup> Id. *Ibid.*

<sup>238</sup> Id. *Ibid.*

<sup>239</sup> DIAS, J. F. **Direito processual...cit.**, p. 158.

<sup>240</sup> DIAS, J. F. **Direito processual...cit.**, p. 153.

sujeito, a participar de modo efectivo e eficaz no juízo comunitário que o processo se traduz.”<sup>241</sup>

Disto se infere que “o princípio (do contraditório) deve respeitar todo o decurso do processo, impedindo que nele se tome qualquer decisão que atinja o estatuto jurídico de uma pessoa sem que esta tenha oportunidade de se fazer previamente ouvir”.<sup>242 243</sup>

Outra importante acepção que deve ser vislumbrada no princípio do contraditório – e que da sua concepção tradicional não restou suficientemente evidenciada – é a de que a atuação das partes se dá em contraditório paritário.

Neste diapasão, Aroldo Plínio GONÇALVES aponta que à concepção clássica do contraditório deve-se incluir a participação das partes em simétrica paridade em relação ao provimento jurisdicional do qual são destinatárias, *verbis*:

O contraditório não é apenas ‘a participação dos sujeitos no processo. Sujeitos processuais são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os ‘interessados’, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor.”<sup>244 245</sup>

Trata-se da atuação das partes de forma equilibrada no decorrer do processo, a fim de lhes assegurar paridade de armas. No dizer de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, “a audiência das partes de modo paritário é vital à própria

---

<sup>241</sup> DIAS, J. F. **Direito processual...cit.**, p. 154.

<sup>242</sup> DIAS, J. F. **Direito processual...cit.**, p. 151.

<sup>243</sup> No mesmo sentido, ou seja, de que o contraditório deve permear todo o decurso do processo, afirma Antonio Gomes MAGALHÃES FILHO: “o contraditório é atividade argumentativa que os interessados devem estar em condições de desenvolver não só na conclusão do processo, mas também em relação às decisões adotadas durante todo o *iter* procedimental.” (**A motivação das decisões penais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.). Assim também aduz Rogério Lauria TUCCI: “essa contraditoriedade, ademais, deve ser efetiva, real, em todo o desenrolar da persecução penal.” (**Direitos e garantias individuais no processo penal brasileira**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 129.).

<sup>244</sup> GONÇALVES, A. P. **Técnica processual...cit.**, p. 103.

<sup>245</sup> Sobre o contraditório como atuação da partes em simétrica paridade, alude Leonardo MARQUES: “Ocorre que as ordens jurídicas contemporâneas, fundadas na igualdade de todos perante a lei, não poderiam conceber a participação, no procedimento, dos cidadãos a quem se destinam os efeitos do provimento, sem o reconhecimento de que essa participação transcorre em igualdade de condições, com oportunidades e tratamentos idênticos. Desta feita, o conceito de contraditório recebeu a amplitude necessária para abranger a garantia da participação, em condições de simétrica paridade, daqueles, em cuja universalidade de direitos incide o ato imperativo do Estado.” (MARQUES, L. A. M. **Da justa causa...cit.**, p. 69-70.).

existência do processo, mormente porque expressão, quiçá máxima, do princípio da igualdade (isonomia).<sup>246 247</sup>

À concepção tradicional de contraditório agregam-se duas acepções, uma conexas à outra, que interessam sobremaneira do juízo de admissibilidade da ação penal.

Como se viu, a primeira é de que o contraditório deve ser entendido como possibilidade de influência na construção do provimento jurisdicional e a segunda é que o exercício do contraditório deve ser realizado em simétrica paridade entre as partes a quem a decisão se destina. Em suma, trata-se do “contraditório pleno” marcado pelo “poder de influência e de garantia contra decisões-surpresa, assim como da ampla argumentação das partes com o juiz no ato de elaboração das decisões penais.”<sup>248</sup>

Aplicada esta concepção de contraditório ao tema da presente pesquisa, não é possível concluir senão que é obrigatória a manifestação prévia da defesa ao juízo de admissibilidade da ação penal.

Não se pode olvidar que a decisão que recebe a denúncia surte efeitos na esfera do cidadão-acusado, eis que delimita ser ou não ser processado. Assim, por ser provimento jurisdicional que define a sorte do acusado, a decisão sobre a ação enseja a formação da “situação legitimante”, a qual legitima a atuação da parte afetada na construção do provimento jurisdicional.

É necessário, portanto, possibilitar à defesa que reaja ao exercício da ação, bem como que se permita que ela exerça influência no exame da viabilidade da acusação, evitando-se, com isso, o recebimento da denúncia e da queixa como surpresa ao acusado.

Assim, ainda que a reforma processual de 2008 não tenha expressamente consagrado o contraditório prévio, é de se deferir o seu exercício à defesa. Ainda

---

<sup>246</sup> COUTINHO, J. N. M. **Introdução aos princípios...cit.**, p. 187.

<sup>247</sup> Sobre a isonomia processual, como forma de atuação das partes do deslinde do processo, afirma Rogério Lauria TUCCI: “A isonomia processual, por sua vez, reclama que aos sujeitos parciais sejam concedidas as mesmas armas, a fim de que, paritariamente tratadas, tenham idênticas chances de reconhecimento, satisfação ou assecuração do direito que constitui o objeto material do processo.” (**Direitos e garantias...cit.**, p. 129.).

<sup>248</sup> DONATO, Jânio Oliveira; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Decisão penal no Estado Democrático à luz da hermenêutica filosófica e do modelo constitucional de processo.** *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 74, 2011, p. 81.

que, para tanto, seja preciso lançar mão da técnica da interpretação conforme à Constituição, como sugerido por Lênio Luiz STRECK:

A solução, portanto, é a aplicação da técnica da *verfassungskonforme Auslegung* (interpretação conforme a Constituição). Esta operação de jurisdição constitucional elimina a possibilidade de uma duplicidade de “fases”, porque, onde está escrito citação, leia-se notificação. A fórmula — seguindo a equação “a norma é o resultado da interpretação do texto” — será:

*“O dispositivo do art. 396 somente é constitucional se entendido no sentido de que, não rejeitada liminarmente a denúncia ou a queixa, o juiz recebê-la-á e ordenará a notificação do acusado para responder a acusação no prazo de dez dias, por escrito”.*

Recordemos: “O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado” (art. 363), ou seja, feita citação já se terá processo e, assim, o que se decidirá (sendo ele o *due process of law*, naturalmente), daí por diante, não é mais a ação. A regra do artigo 396, assim — se não se fizer a *verfassungskonforme Auslegung* — estará quebrando/violando o sistema constitucional processual, o que vem reforçado pela redação do artigo 397, quando permite uma “absolvição sumária”, inclusive em razão da extinção da punibilidade (*sic*).

Desta forma, o processo somente será instaurado após a defesa escrita e circunstanciada. Essa é a chave do problema. Citação implica processo penal instaurado. E isso não pode ocorrer se quisermos preservar a tese de que a reforma veio para instaurar o império da igualdade, da ampla defesa e do contraditório. É este o ponto fulcral, resolvido, agora, em sede de interpretação conforme a Constituição, até para não tornar inútil o artigo 399.<sup>249</sup>

Ademais, poder-se-ia argumentar que o recebimento da denúncia ou queixa sem a defesa prévia não impede o exercício do contraditório, uma vez que este pode ser realizado de forma postergada.

Não se olvida da existência de um contraditório posterior<sup>250</sup> – este é inclusive o indevido modelo adotado na reforma processual operada pela Lei n. 11.719/2008 – contudo, com base nas doutrinas do processo aqui expostas, há efetivo contraditório quando se permite que a parte participe da construção do provimento jurisdicional.

Com efeito, o contraditório como garantia de não-surpresa não seria atendido se a defesa fosse oportunizada somente após o juiz ter recebido a inicial acusatória. Neste sentido, manifesta-se Dierle NUNES:

---

<sup>249</sup> STRECK, L. L. **O impasse...cit.**, acesso em 5/3/2013.

<sup>250</sup> Na esteira de Dierle José Coelho NUNES, o contraditório poder ser realizado de dois modos: “Os modos de seu exercício são dois: a) preventivo, antecipado ou *ex ante* (sua forma genuína), ou seja, aquele possibilitado no procedimento formativo do provimento; b) sucessivo, postecipado ou *ex-post* (impróprio), ou seja, aquele manifestado para a eficácia e controle do provimento após seu proferimento.” (**O princípio...cit.**, p. 80).

O contraditório antecipado possibilita o efetivo diálogo dos sujeitos processuais anterior à formação do provimento, permitindo, como impõe nossa Constituição (art. 5º, inc. LV), que as partes façam valer suas próprias razões em posição de simétrica paridade. Isto evidentemente impõe a adoção de instrumentos técnicos idôneos para sua implementação.<sup>251</sup>

Esta concepção de contraditório se harmoniza com a manifestação da defesa antes do juízo de admissibilidade da acusação. Somente assim verifica-se a simétrica paridade entre a acusação e a defesa e a realização do contraditório como mecanismo de construção do provimento jurisdicional.

Outra eventual objeção que poderia ser feita ao contraditório prévio ao juízo sobre a ação é a de que se poderia, com ela, acreditar ser a defesa prévia uma obrigação da defesa perante a acusação ou perante o juiz, nos termos da concepção da doutrina de BÜLOW.

Ora parece claro – pela superação da teoria do processo como relação jurídica – que a atuação das partes no procedimento não pode ser vislumbrada como obrigação perante a outra parte ou o juiz. No processo penal, o exercício da defesa não decorre de uma obrigação existente entre o acusado e o órgão acusador, tampouco de uma obrigação entre ele e o juiz. A defesa é exercida por força da Constituição e implica nulidade do processo quando não atendida.

O Projeto de Lei nº 156/2009 – que objetiva a reforma global do Código de Processo Penal –, ao tratar do exame da viabilidade da acusação, deixou margem à dúvida acerca do efetivo exercício do contraditório prévio.<sup>252</sup>

A julgar pela ordem dos atos processuais previstos no procedimento comum ordinário é possível concluir pelo exercício do contraditório prévio. A proposta legislativa prevê que, oferecida denúncia, o juiz poderá indeferir-lhe liminarmente ou determinar a citação do acusado para a apresentação de resposta à acusação. Após

---

<sup>251</sup> Id. Ibid.

<sup>252</sup> Sobre a imprecisa redação do Projeto de Lei neste ponto, afirma Marco Aurélio Nunes da SILVEIRA: “Infelizmente, o texto do projeto não traz evoluções neste sentido. Manteve-se a celeuma, eis que os artigos 260 e 261 estabelecem que, caso não seja indeferida liminarmente a ação, nos termos do art. 253 (que trata das condições da ação), o juiz notificará a vítima para que se manifeste e então citará o acusado. Já o art. 263, após a resposta escrita do acusado, fala novamente em receber a acusação. Resta, pois, confusa a redação. Efetivamente, perdeu-se a oportunidade de definir claramente o contraditório ao juízo da acusação.” (SILVEIRA, M. A. N. **Notas sobre...cit.**, p. 193-194.).

a resposta, presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, é de ser recebida a denúncia.<sup>253</sup>

Porém, no capítulo destinado às disposições acerca da formação do processo, o Projeto admite o indeferimento liminar da denúncia quando ausentes as condições da ação e os pressupostos processuais.<sup>254</sup>

Em pese a cronologia dos atos processuais indique a existência de defesa verdadeiramente prévia, a previsão de dois momentos – em exame liminar e após a manifestação da defesa – para a rejeição da denúncia por ausência de condição da ação e de pressuposto processual pode gerar dúvida acerca da manifestação prévia da defesa.

Melhor seria se o Projeto deixasse a questão mais clara, como, por exemplo, no procedimento previsto na Lei nº 8.038/90.

Neste procedimento, o texto legal não deixou margem à dúvida em relação ao contraditório prévio. De se notar que o exame da viabilidade da ação penal está

---

<sup>253</sup> Dispõe o Projeto de Lei: artigo 271. Oferecida a denúncia, se não for o caso de seu indeferimento liminar, o juiz notificará a vítima para, no prazo de 10 (dez) dias, promover a adesão civil da imputação penal.

Artigo 272. Com ou sem a adesão civil, o juiz mandará citar o acusado para oferecer resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º O mandado de citação deverá conter cópia integral da denúncia e demais documentos que a acompanhem.

§ 2º Se desconhecido o paradeiro do acusado, ou se ele criar dificuldades para o cumprimento da diligência, proceder-se-á à sua citação por edital, contendo o teor resumido da acusação, para fins de comparecimento à sede do juízo.

§ 3º Comparecendo o acusado citado por edital, terá vista dos autos pelo prazo de 10 (dez) dias, a fim de apresentar a resposta escrita.

§ 4º Em qualquer caso, citado o acusado e não apresentada a resposta no prazo legal, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

Artigo 273. Na resposta escrita, o acusado poderá arguir tudo o que interessar à sua defesa, no âmbito penal e civil, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas até o máximo de 8 (oito), qualificando-as, sempre que possível.

Parágrafo único. As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 430 e seguintes.

Artigo 274. Estando presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, o juiz receberá a acusação e, não sendo o caso de absolvição sumária ou de extinção da punibilidade, designará dia e hora para a instrução ou seu início em audiência, a ser realizada no prazo máximo de 90 (noventa dias), de terminando a intimação do órgão do Ministério Público, do defensor ou procurador e das testemunhas que deverão ser ouvidas.

<sup>254</sup> Dispõe o Projeto de Lei: artigo 265. A peça acusatória será desde logo indeferida:

I – quando for inepta;

II – quando ausentes, em exame liminar, a justa causa ou quaisquer das demais condições da ação ou pressupostos processuais.

reservado a julgamento colegiado, o qual somente é realizado após a resposta à acusação e no qual as partes podem proceder à sustentação oral.<sup>255</sup>

O exercício do contraditório prévio também é evidenciado no procedimento previsto para os crimes de tráfico de drogas e condutas afins<sup>256</sup>, bem como no procedimento do juizado especial criminal<sup>257</sup>.

---

<sup>255</sup> Dispõe a Lei nº 8.038/90: artigo 4º - Apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias.

§ 1º - Com a notificação, serão entregues ao acusado cópia da denúncia ou da queixa, do despacho do relator e dos documentos por este indicados.

§ 2º - Se desconhecido o paradeiro do acusado, ou se este criar dificuldades para que o oficial cumpra a diligência, proceder-se-á a sua notificação por edital, contendo o teor resumido da acusação, para que compareça ao Tribunal, em cinco dias, onde terá vista dos autos pelo prazo de quinze dias, a fim de apresentar a resposta prevista neste artigo.

Artigo. 5º - Se, com a resposta, forem apresentados novos documentos, será intimada a parte contrária para sobre eles se manifestar, no prazo de cinco dias.

Parágrafo único - Na ação penal de iniciativa privada, será ouvido, em igual prazo, o Ministério Público.

Artigo 6º - A seguir, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas.

§ 1º - No julgamento de que trata este artigo, será facultada sustentação oral pelo prazo de quinze minutos, primeiro à acusação, depois à defesa.

§ 2º - Encerrados os debates, o Tribunal passará a deliberar, determinando o Presidente as pessoas que poderão permanecer no recinto, observado o disposto no inciso II do art. 12 desta lei.

<sup>256</sup> Dispõe a Lei nº 11.343/2006: artigo 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá argüir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas.

§ 2º As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 113 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

§ 3º Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação.

§ 4º Apresentada a defesa, o juiz decidirá em 5 (cinco) dias.

§ 5º Se entender imprescindível, o juiz, no prazo máximo de 10 (dez) dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias.

Art. 56. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.

<sup>257</sup> Dispõe a Lei nº 9.099/95: artigo 78. Oferecida a denúncia ou queixa, será reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado, que com ela ficará citado e imediatamente cientificado da designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, da qual também tomarão ciência o Ministério Público, o ofendido, o responsável civil e seus advogados.

§ 1º Se o acusado não estiver presente, será citado na forma dos arts. 66 e 68 desta Lei e cientificado da data da audiência de instrução e julgamento, devendo a ela trazer suas testemunhas ou apresentar requerimento para intimação, no mínimo cinco dias antes de sua realização.

§ 2º Não estando presentes o ofendido e o responsável civil, serão intimados nos termos do art. 67 desta Lei para comparecerem à audiência de instrução e julgamento.

§ 3º As testemunhas arroladas serão intimadas na forma prevista no art. 67 desta Lei.

Artigo 79. No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, proceder-se-á nos termos dos arts. 72, 73, 74 e 75 desta Lei.

Artigo 80. Nenhum ato será adiado, determinando o Juiz, quando imprescindível, a condução coercitiva de quem deva comparecer.

Em todos os casos, está claro que recebimento da denúncia ou da queixa somente é possível após a manifestação da defesa.

A margem de interpretação deixada no Projeto poderá dar azo ao recebimento liminar da acusação, o que contraria o texto constitucional e o contraditório aqui defendido.

De todo o exposto neste tópico em relação ao contraditório, não se pode olvidar que de nada adiantaria conceber o contraditório da forma aqui defendida se não tiver o juiz o dever de fundamentar o recebimento ou a rejeição da inicial acusatória.

Com efeito, o contraditório e o dever de fundamentação da decisão são indissociáveis, conforme leciona Flaviane de Magalhães BARROS:

a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório, visto que garantir a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão.<sup>258</sup>

Neste sentido também concluem Leonardo Augusto Marinho MARQUES e Janio Oliveira DONATO:

No Estado Democrático de Direito, o dever de fundamentação dos provimentos jurisdicionais está diretamente vinculado a uma atuação mais decisiva das partes no processo de elaboração do conteúdo da decisão. O contraditório já não é mais concebido apenas em seu conteúdo negativo, de resistência a uma atuação oposta ou como mera “contraposição de teses”, mas, sim, como garantia de influência e de não surpresa junto à atividade judicante.<sup>259</sup>

Em outro texto, Leonardo Augusto Marinho MARQUES reforçar a ideia:

---

Artigo 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

<sup>258</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. **A fundamentação das decisões judiciais a partir do modelo constitucional de processo.** *Revista do instituto de hermenêutica jurídica*, Porto Alegre, v. I, n. 6, 2008, p. 135.

<sup>259</sup> DONATO, J. O.; MARQUES, L. A. M. **Decisão penal...cit.**, p. 82.

Necessário, ainda, que esse contraditório esteja conectado indissociavelmente à fundamentação das decisões, para que só assim possuam legitimidade, pois nada adiantaria a garantia de atuação dos interessados se o juiz pudesse desconsiderá-los quando da prolação da decisão.<sup>260</sup>

Sobre a ligação entre o contraditório e a fundamentação das decisões, afirma Dierle NUNES: “o contraditório possui um nexó profundo com a garantia da fundamentação das decisões, uma vez que o juiz, ao enunciar os fundamentos da decisão, deve levar em consideração os resultados do contraditório.”<sup>261</sup>

Neste diapasão, não é possível que a questão do juízo de admissibilidade da ação penal limite-se à exposição acerca do contraditório prévio, é preciso ir além, daí por que, passa-se no próximo capítulo a discorrer sobre a motivação do juízo sobre a ação.

---

<sup>260</sup> FREITAS, C. R. G.; MARQUES, L. A. M. **Processo penal...cit.**, p. 6544.

<sup>261</sup> NUNES, D. J. C. **O princípio...cit.**, p. 80.

#### 4 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL: DEVER DE MOTIVAÇÃO

*“O dia-a-dia do fórum ensina o quanto um processo penal faz o réu sofrer. É necessário não esquecer este detalhe.”<sup>262</sup>*

No capítulo anterior, a exposição do tema do contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da ação penal foi realizada mediante a apresentação da sucessão das teorias do processo, desde Oskar BÜLOW, passando por James GOLDSCHMIDT – com o registro da contribuição de Piero CALAMANDREI – até a teoria de Elio FAZZALARI, que dentre todas, é a mais recente e da qual se vislumbra de forma mais clara a necessidade do contraditório prévio.

Neste capítulo, a forma de exposição da matéria será diferente. Em tema de motivação do recebimento da denúncia ou queixa, a doutrina atual entende que o ato carece de fundamentação. Não há propriamente um embate doutrinário acerca da questão, tal como ocorre com o exercício do contraditório prévio ao juízo sobre a ação. É no âmbito jurisprudencial que predomina a orientação, consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, de que, não obstante se afigure desejável e conveniente, o ato dispensa motivação.

A exposição da matéria será realizada em dois momentos. Primeiro, serão expostos os principais julgados, anteriores e posteriores à Constituição de 1988, do Supremo Tribunal Federal que tratam do tema.

Após esta abordagem meramente descritiva, analisar-se-á os argumentos invocados pela Corte que respaldam o entendimento, segundo o qual, não se aplica o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República ao recebimento da acusação.

O objetivo, neste segundo momento, é demonstrar por que o juízo positivo de admissibilidade da ação penal, em que pese o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, é ato decisório e demanda motivação.

---

<sup>262</sup> COUTINHO, J. N. M. **A lide...cit.**, p. 148.

#### 4.1 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DURANTE A VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 ATÉ O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A atual orientação jurisprudencial no sentido de que o recebimento da denúncia ou queixa prescinde de fundamentação deriva de uma construção jurisprudencial iniciada no final dos anos quarenta do século passado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

No primeiro período analisado (1940 a 1988), três julgados merecem especial atenção, pois são citados como os principais precedentes por inúmeros acórdãos, inclusive, até os dias de hoje. São eles: o *Habeas Corpus* nº 31.078, de 26/11/1949<sup>263</sup>, o *Habeas Corpus* nº 38.833, de 29/11/1961 e o Recurso Extraordinário nº 74.297, de 21/11/1973<sup>264</sup>.

À exceção do *Habeas Corpus* nº 31.078, os demais restaram decididos de forma parcial e bem refletiram a polêmica jurisprudencial da época. Ora se entendia que o juízo sobre a ação era decisão ora se entendia que era despacho.

A questão foi sedimentada no Recurso Extraordinário nº 74.297 e o voto do Ministro Rodrigues Alckmin é o posicionamento mais citado nos julgados que tratam da matéria. Rodrigues Alckmin e os Ministros que o acompanharam entenderam que, embora a decisão que recebe a denúncia possua carga decisória, ela não assume o *status* de decisão, a fim de ser alcançada pela nulidade prevista no artigo 567, do Código de Processo Penal<sup>265</sup>. Após o advento da Constituição, este entendimento foi utilizado como embasamento para a afirmação de que, embora o

---

<sup>263</sup> Conforme se estudará adiante, no *Habeas Corpus* nº 31.078 o tema do recebimento da denúncia é tratado apenas de forma secundária, porém o julgado fixou entendimento de que, por ser irrecurável, o recebimento da denúncia não comporta motivação.

<sup>264</sup> Consoante se verá no tópico adiante esmiuçado, no *Habeas Corpus* nº 38.833, de 29/11/1961 e no Recurso Extraordinário nº 74.297, de 21/11/1973, a análise da decisão de recebimento da denúncia cingiu-se à discussão acerca do alcance do artigo 567, do Código de Processo Penal, ou seja, se a nulidade decorrente da incompetência do juízo invalida o recebimento da denúncia ou queixa. A discussão é assaz importante porque, a depender da interpretação do Tribunal, pode se afigurar o constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo ou ainda o advento da prescrição. Isso porque, se se considerar o recebimento da denúncia ou queixa ato decisório ele perde seus efeitos, por força do artigo 567, alterando o marco interruptivo da prescrição, bem como podendo ensejar excesso de prazo na prisão cautelar.

<sup>265</sup> A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente.

ato seja decisão, ele não é alcançado pela nulidade do artigo 93, inciso IX, da Constituição<sup>266</sup>.

É verdade, no entanto, que mesmo após o Recurso Extraordinário nº 74.297 alguns julgados esparsos registraram que o ato não é decisão, mas sim despacho de expediente, a ponto de afirmar que ele poderia ser tácito, como por exemplo, restou consignado no *Habeas Corpus* nº 68.926, de 10/12/1991, de relatoria do Ministro Celso de Mello.<sup>267</sup>

Pois bem. É tempo de analisar pormenorizadamente os três julgados.

#### 4.1.1 Habeas Corpus nº 31.078, de 26/11/1949.

O *Habeas Corpus* nº 31.078, cuja relatoria coube ao Ministro Orozimbo Nonato, versa sobre o trancamento do processo penal por suposta atipicidade da conduta e também sobre a validade do recebimento da denúncia lançado em decisão por juiz de paz. Esta decisão é sobremaneira importante, pois fixou o entendimento – e por isso é citada em vários julgados que acolhem o seu posicionamento – de que por ser irrecurável o recebimento da denúncia, o ato não comporta motivação.

Os fatos que ensejaram a deflagração da persecução penal foram assim relatados:

Cassados seus diplomas de vereadores por deliberação da respectiva Câmara Municipal de Poxoréu, os pacientes se arrogaram, *ex auctoritate propria*, a qualidade de vereadores e passaram a usurpar as respectivas funções, reunindo-se na sede do Paço Municipal, para exercer o mandato já cassado e que só poderia ser revalidado por decisão de órgão competente da Justiça, o que nem sequer pleitearam. Veio, então, por solicitação da

---

<sup>266</sup> Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

<sup>267</sup> Neste *Habeas Corpus*, o Ministro Celso de Mello e os demais julgadores mostram adesão a um entendimento firmado na década de 50 que pode ser constatado nos *Habeas Corpus* nº 34.368, de 8/8/1956, de relatoria do Ministro Lafayette de Andrada e *Habeas Corpus* nº 34.788, de 16/1/1957, de relatoria do Ministro Ribeiro da Costa. Nestes julgados, a Corte entendeu que a ausência do recebimento da denúncia é mera irregularidade, pois, conforme consignou Lafayette de Andrada “a lei não estabelece palavras determinadas para êsse fim.”, basta para se interpretar a denúncia como recebida “o despacho que determinou sua autuação e prosseguimento.”

Mesa, a intervenção da autoridade policial, que tomou as devidas providências instaurando o competente inquérito, que deu margem à iniciação do processo criminal que corre contra os pacientes que, soltos, se defendem.

Inicialmente, os pacientes ingressaram com *Habeas Corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Os pedidos de trancamento do processo e de nulidade do recebimento da denúncia foram negados.

Inconformados, impetraram *writ* perante o Supremo Tribunal Federal, onde tampouco obtiveram êxito.

No que diz respeito ao pedido de nulidade do recebimento da denúncia, extrai-se do voto do Ministro Orozimbo Nonato:

E, por derradeiro, não se mostra em condições de vingar o argumento de que não podia juiz de paz proferir despacho do recebimento da denúncia, porque, nos termos do art. 124, X, da Constituição federal, é vedado àquele juiz proferir julgamentos finais ou recorríveis.

O despacho de recebimento da denúncia não é recorrível. O art. 581, I, do Cod. de Proc. Penal suscita recurso, no sentido estrito, mas de despacho que não recebe a denúncia.

O mencionado artigo 124, inciso X, da Constituição de 1946, previa: “Poderá ser instituída a Justiça de Paz temporária, com atribuição judiciária de substituição, exceto para julgamentos finais ou recorríveis, e competência para a habilitação e celebração de casamentos ou outros atos previstos em lei.”

Vislumbrada a atuação da Justiça de Paz<sup>268</sup> em substituição ao Juiz de Direito nos casos de atos não decisórios – é o que se infere do trecho “exceto para julgamentos finais ou recorríveis” do artigo 124, inciso X, da Constituição de 1946 – o Supremo Tribunal Federal não acolheu a alegação de nulidade veiculada no *writ*, ao argumento de que, por não ser suscetível de recurso, o recebimento da denúncia não é ato decisório.

O argumento utilizado para negar o pedido é invocado até os dias de hoje, inclusive, com referência expressa a este julgado, com o intuito de respaldar o

---

<sup>268</sup> À época deste julgado estava em vigor a Lei de 15 de outubro de 1827 que atribuía ao juiz de paz diversas atividades tipicamente judiciais como, por exemplo, conciliar as partes que pretendiam demandar (art. 5º, § 1º), julgar pequenas demandas (art. 5º, § 2º), interrogar e conduzir o “delinquente” ao juízo criminal (art. 5º, § 8º), cominar penas a “vadios”, mendigos e “meretrizes escandalosas”(art. 5º, § 5º), etc.

entendimento de que, por ser irrecorrível, o recebimento da denúncia não comporta motivação.

#### 4.1.2 *Habeas Corpus* nº 38.833, de 29/11/1961

O *Habeas Corpus* nº 38.833 trata do assunto de forma mais detalhada. A questão discutida no *mandamus* cinge-se a saber se a previsão de nulidade contida no artigo 567, do Código de Processo Penal, alcança o ato de recebimento da denúncia quando emitido por juiz incompetente.

A matéria de fundo é interessante. Extrai-se do relatório do acórdão:

O caso é o seguinte: o paciente teria alvejado o Prefeito da cidade de Santana do Livramento na linha divisória, limítrofe, do Brasil com o Uruguai. Em consequência dos tiros recebidos, o Prefeito veio a falecer e o paciente foi processado, após sua prisão em flagrante, pelo Juiz de Direito da Comarca de Santana do Livramento.

Em sede de *Habeas Corpus* perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a defesa suscitou a incompetência do Juiz de Santana do Livramento, com fundamento no artigo 88, do Código de Processo Penal.<sup>269</sup> Requereu a declaração de nulidade do processo desde o recebimento da denúncia, ao entendimento de ser ele decisório e estar abarcado no artigo 567.

A ordem foi, em parte, concedida. Reconheceu-se a incompetência do juízo e os autos foram remetidos à comarca de Porto Alegre (decisão esta que demonstra que o fato não foi praticado “na linha divisória, limítrofe”, entre os dois países). Contudo, o pedido de nulidade do processo desde o acolhimento da denúncia foi indeferido. A Corte estadual entendeu que o ato é despacho de expediente “de conteúdo precipuamente ordinatório, em que se encerra, apenas, um juízo de admissibilidade, quanto à regularidade formal da denúncia, viabilidade da relação processual e viabilidade do direito de ação.”.

Inconformada, a defesa impetrou *Habeas Corpus* perante o Supremo Tribunal Federal, a fim de ver reconhecida a nulidade do ato judicial que recebeu a

---

<sup>269</sup> No processo por crimes praticados fora do território brasileiro, será competente o juízo da Capital do Estado onde houver por último residido o acusado. Se este nunca tiver residido no Brasil, será competente o juízo da Capital da República.

denúncia. O julgamento da questão gerou intenso debate, que, ao final, resultou em empate, resolvido a favor do paciente. É de se analisar os votos, um a um, para compreender a polêmica travada à época.

O Ministro Ribeiro da Costa, relator do *Habeas Corpus*, entendeu, com respaldo expresso no voto do Ministro Orozimbo Nonato, proferido no *writ* anteriormente destacado (*Habeas Corpus* nº 31.078), não ser decisório o ato judicial de recebimento da denúncia, mas sim de mera admissão da ação penal, palco onde serão produzidas, sob contraste, as provas da acusação e defesa para posterior valoração do juiz. Aduz:

O que se infere desta decisão (*Habeas Corpus* nº 31.078) é que, irrecorrível o despacho que recebe a denúncia, embora proferido por juiz de paz, não era isto passível de anulação, porque não se tratava de matéria decisória, e sim, de despacho meramente interlocutório, ordinatório do processo, de recebimento, de admissão da ação penal em Juízo para que, então seja ela apreciada em face das provas que sejam produzidas na instrução criminal: provas de acusação e de defesa que sob contraste e apreciação do Juízo, então, é que será julgado e decidido.

Entendo que não seria, nunca, caso de anular a ação penal a partir do despacho que recebeu a denúncia, quando o processo vai prosseguir sob a competência de outro Juízo, conforme determinou o acórdão no caso do pedido de *habeas corpus* proferido pelo Tribunal do Rio Grande do Sul em face do art. 88 do CPP.

Ribeiro da Costa consigna também que, de prevalecer a tese do impetrante, o processo voltaria à fase do oferecimento da denúncia e “daí decorreria uma coação ilegal ao paciente, que está detido por mais tempo do que permite a lei, por ser réu prêsso em flagrante.” Ou seja, a concessão da ordem implicaria soltura do paciente, eis que o recebimento da denúncia pelo juízo incompetente não surtiria efeito, configurando, assim, excesso de prazo na prisão em flagrante.

O segundo Ministro a votar no caso, Pedro Chaves, entendeu, em divergência ao Ministro Ribeiro da Costa, pela concessão da ordem e destaca já no início do seu voto – como quem prevê o embate prestes a ser travado – a importância da questão:

Sr. Presidente, é preciso ser um pouco ousado para divergir do brilhante voto de V. Exa. Mas, a questão é muito interessante e muito difícil.

Ouvi atentamente a oração do ilustre advogado e o brilhante voto de V. Exa. e peço vênica para discordar da conclusão dêsse voto, porque a mim me parece que o despacho de recebimento da denúncia é precipuamente ordinatório, não deixa de ser, também, evidentemente, decisório.

O Ministro então explica que, ao decidir sobre a denúncia, o juiz examina os pressupostos de legitimidade da ação penal e os requisitos do – à época vigente – artigo 43 do Código de Processo Penal. Pontua que a irrecorribilidade do recebimento da denúncia não implica que o ato não seja revestido de conteúdo decisório. Pelo contrário. Por ser ato que – nas palavras do Ministro – “abre os pórticos da ação penal, êle produz efeito, êle sujeita o cidadão ao constrangimento de um processo” e a exercer sua defesa dentro do espaço permitido pela lei. Ao final, consigna outra importante consequência do acolhimento da denúncia, a de que a depender da classificação do delito constante da inicial e avalizada no seu recebimento, a prisão preventiva torna-se obrigatória<sup>270</sup>. Inferese da sua manifestação:

O Juiz, ao receber a denúncia, vai examinar todos os pressupostos de legitimidade da ação penal; tem de examinar todos os requisitos do art. 43 do C.P.P. e o argumento que surgiu, aqui, de ser irrecorrível o despacho do recebimento, a meu vêr, vem a fortalecer a minha opinião, de que se trata de um despacho decisório. Mas, como é um despacho que abre os pórticos da ação penal, êle produz efeito, êle sujeita o cidadão ao constrangimento de um processo: o cidadão fica obrigado a se defender dentro das normas processuais traçadas para êste fim.

Não se pode dizer que seja simplesmente ordinatório êste despacho. E casos há, até, em que o recebimento da denúncia é um despacho tão importante e de caráter tão nitidamente decisório que, tal seja a classificação do delito, até deverá ser compulsoriamente decretada a prisão preventiva do acusado.

Diante da divergência de entendimentos, o terceiro Ministro a votar (Victor Nunes) registra, de início: “encontro-me entre dois fogos poderosos, e me inclino, salvo melhor juízo, para o voto de V. Exa..”. Victor Nunes se filia a Ribeiro da Costa. Assevera que, não obstante haver um julgamento no recebimento da denúncia, o Código de Processo Penal não lhe deferiu o *status* de decisão, pois não dispõe de recurso para sua impugnação:

Embora, na essência, o despacho de recebimento da denúncia envolva um julgamento, porque o Juiz deixa de reconhecer as causas excludentes a que se refere o art. 43 do C.P.P. (se as reconhecesse, não receberia a denúncia), deu o C.P.P. tratamento diferente às duas situações. Se o Juiz encerra o processo, rejeitando a denúncia, cabe recurso. Se a recebe, não cabe.

---

<sup>270</sup> Tratava-se de julgado anterior às leis que aboliram a prisão obrigatória.

Feita esta observação, o Ministro Pedro Chaves interrompe a exposição de Victor Nunes para frisar a importância do ato e o seu conteúdo decisório:

Se o Juiz não recebe a denúncia, aí teria desatendido o direito da ação da parte do autor e caberia reexame do seu ato pelo recurso em sentido estrito. Veja V. Exa. como é importante e como é decisório o despacho do juiz que acolhe a denúncia.

Ao lhe ser devolvida a palavra, Victor Nunes insiste no seu posicionamento e apresenta justificativa com base naquilo que se passa no processo civil. Afirma que se não retira a validade do despacho “cite-se” quando se reconhece a nulidade do processo na esfera cível:

Penso nas conseqüências práticas. No processo civil, do despacho que indefere a petição inicial, cabe recurso; do que a defere não cabe (salvo se há providências liminares, que é outro assunto). E quando se anula um processo, no cível, por incompetência do juízo, nem sempre se anula o despacho em que o Juiz ordenou a citação. O Código considera válida, para determinados efeitos, essa citação.

Ao final, registra que há precedente no âmbito do Supremo Tribunal Federal que respalda o entendimento do Ministro Ribeiro da Costa – trata-se do *Habeas Corpus* nº 31.078, de relatoria do Ministro Orozimbo Nonato – ao qual também se filia.

Os votos que se seguem são mais singelos e apenas apontam qual entendimento adotam.

O Ministro Gonçalves de Oliveira aduz: “o ato de recebimento da denúncia não é ato decisório”, daí por que não está sujeito à anulação a que faz menção o artigo 567, do Código de Processo Penal.

O Ministro Ary Franco afirma “sou dos que entendem que o recebimento da denúncia é um ato decisório. O Juiz decide, e não apenas ordena, e a ratificação só se pode fazer nos atos ordinatórios.”

O Ministro Hahnemann Guimarães, por fim, assenta: “não há como se considerar o despacho de recebimento da denúncia em despacho simplesmente ordinatório ou interlocutório simples. Parece-me que é um ato decisório, e, sendo um ato decisório, está abrangido no art. 567 do C.P.P.”

Como se vê, de um lado Pedro Chaves, Ary Franco e Hahnemann Guimarães entendem ser o recebimento da denúncia ato decisório. De outro lado, Ribeiro da Costa, Victor Nunes e Gonçalves de Oliveira possuem entendimento oposto. O empate favoreceu o paciente e a ordem de *Habeas Corpus* foi concedida, anulando-se o processo desde o recebimento da denúncia.

#### 4.1.3 Recurso Extraordinário nº 74.297, de 21/11/1973

Outro julgado importante que trata da matéria é o Recurso Extraordinário nº 74.297. Nele restou decidido, por maioria de votos, que o recebimento da denúncia é ato decisório, contudo não é abarcado pelo artigo 567, do Código de Processo Penal. Neste caso, havia uma particularidade, a de que a anulação do recebimento da denúncia ensejaria a extinção da punibilidade do paciente pelo advento da prescrição.

O caso versava sobre crime processado inicialmente na comarca da Guanabara, no qual a denúncia foi recebida em 09/03/1962. Reconhecida a incompetência do juízo pelo Tribunal Federal de Recursos, o feito foi remetido ao juízo de Angra dos Reis, onde nova denúncia foi oferecida e o seu recebimento se deu em 23/01/1964. Em 24/05/1971 foi prolatada sentença penal condenatória.

O Tribunal Federal de Recursos, em sede de *Habeas Corpus*, reconheceu a extinção da punibilidade dos acusados, sob o entendimento que a contagem da prescrição restou interrompida pelo primeiro recebimento da denúncia e não pelo segundo. De acordo com o entendimento do Tribunal, o reconhecimento da incompetência do juízo não anulou o (primeiro) recebimento da denúncia, pois este ato não é decisório. Ao considerar que a prescrição foi interrompida pelo primeiro recebimento da denúncia, o Tribunal concedeu a ordem de *Habeas Corpus* e extinguiu a punibilidade dos acusados.

Desta decisão, o Ministério Público recorreu extraordinariamente alegando afronta aos artigos 108, § 1º<sup>271</sup> e 567, do Código de Processo Penal e existência de

---

<sup>271</sup> Art. 108. A exceção de incompetência do juízo poderá ser oposta, verbalmente ou por escrito, no prazo de defesa.

§ 1º Se, ouvido o Ministério Público, for aceita a declinatória, o feito será remetido ao juízo competente, onde, ratificados os atos anteriores, o processo prosseguirá.

dissídio jurisprudencial, eis que o Supremo Tribunal Federal possuía entendimento no sentido de que o recebimento da denúncia é ato decisório. O Ministério Público alegou que o recebimento da denúncia por ser ato decisório foi anulado quando do reconhecimento da incompetência do juízo, daí por que foi o segundo recebimento que interrompeu o prazo prescricional e não o primeiro.

O Supremo Tribunal Federal pôs-se, então, novamente a discutir se o recebimento da denúncia é ato decisório e se seria atingido pelo disposto no artigo 567. A decisão, por maioria de votos, foi no sentido de que o recebimento da denúncia é ato decisório, porém não é abarcado pelo artigo 567.

O Ministro Bilac Pinto entendeu que o acolhimento da denúncia é despacho; por isso o primeiro recebimento interrompeu a contagem do prazo prescricional, eis que não foi atingido pelo artigo 567. Argumenta que o ato possui “conteúdo ordinatório ou de expediente, no qual se encerra somente um juízo de admissibilidade quanto à regularidade formal da denúncia, viabilidade da relação processual e viabilidade do direito de ação.” Até aí, o posicionamento do autor muito se assemelhada àquele exarado pelo Ministro Ribeiro da Costa, tanto que o cita em seu voto.

Também aduz, na esteira do entendimento do Ministro Victor Nunes exarado no *Habeas Corpus* nº 38.833, que o recebimento da denúncia possui “a mesma roupagem do ‘cite-se’ no Processo Civil, sem que aqui jamais se tenha afirmado que este ato seja decisório”.

O que há de inédito no voto de Bilac Pinto é o argumento, extraído da doutrina de Florêncio de Abreu, de que os atos judiciais que não abordam matéria de mérito são imunes à nulidade:

Os Códigos dos Estados, antes da adoção do processo único, falavam em “anulação do julgamento”, ou em “anulação da sentença” (vide Florêncio de Abreu, cit., p. 140-1), numa demonstração de que os despachos simples, sem envolvimento com a matéria de mérito, estavam imunes de nulidade.

---

§ 2º Recusada a incompetência, o juiz continuará no feito, fazendo tomar por termo a declinatória, se formulada verbalmente.

Considerando, assim, que o recebimento da denúncia não diz com o mérito da causa, concluiu o Ministro que não está sujeito à anulação, razão pela qual não é abarcado pelo artigo 567, do Código de Processo Penal.

Ao final, decidiu pelo improvimento do recurso ministerial, por entender que o primeiro recebimento da denúncia não foi anulado e, portanto, interrompeu a contagem do prazo prescricional.

Rodrigues Alckmin, segundo Ministro a proferir voto, entendeu haver no juízo sobre a ação “elemento decisório liminar”:

Também não dou adesão, com a vênia devida, à tese de que o recebimento da denúncia é simples despacho de expediente. Larga jurisprudência deste Supremo Tribunal tem considerado ser ela inadmissível e ilegítima coação, quando não encontra ‘justa causa’. Conseqüentemente, o magistrado, ao apreciar a denúncia para recebê-la ou rejeitá-la, ajuíza (embora implicitamente) da admissibilidade da imputação. É decisão após cognição liminar e necessariamente incompleta, para afirmar existentes os pressupostos e, mais, causa ‘justa’ para a ação penal. O despacho não é, portanto, de mero expediente.

Contudo, não admite que o ato esteja abarcado pelo artigo 567 do Código de Processo Penal: “Tenho, pois, que, apesar do elemento decisório liminar que no recebimento da denúncia se contém, a esse despacho não se refere o art. 567, do estatuto processual penal” e fundamenta seu entendimento no que denominou “princípio da conservação”:

Considero que os arts. 567 e 108, §1º, do C. Pr. Pen. conjugam dois princípios: o da nulidade dos atos praticados no juízo incompetente e o da conservação de tais atos, pela economia processual. Nulos são, assim, os atos decisórios - as decisões terminativas e as de entrega da prestação jurisdicional proferidos pelos magistrados que, no caso, não tinham o exercício da jurisdição. Mas os mais atos devem ser conservados.

Para concluir a questão arrematou:

Como considerou, a lei, a denúncia e seu recebimento? Teve-os, ao que considero, como passíveis de conservação. Dispondo sobre o reconhecimento de incompetência argüida em exceção (art. 108, §1º), declarou que os autos seriam remetidos ao juízo competente onde, ratificados os atos anteriores, o processo deveria prosseguir. Ora, sendo evidente que a exceção pressupõe o recebimento da denúncia; e sendo evidente que os “atos decisórios” previstos no art. 567 não são passíveis de ratificação (ninguém pensará na ratificação de sentença proferida por juiz

incompetente); a mim se me afigura conclusão inafastável a de que, entre os atos ratificáveis, figuram a denúncia e o seu recebimento.

Como se vê, embora considere o acolhimento da denúncia ato decisório, entende que ele é passível de ratificação, daí por que não deve ser anulado se emitido por juiz incompetente.

De qualquer sorte e sem embargo de ter assentado que o primeiro recebimento da denúncia não foi anulado, Rodrigues Alckmin deu provimento ao recurso ministerial. O Ministro entendeu que foi a segunda denúncia e o “despacho que a recebeu que determinou a instauração da ação penal, com base nela, interrompeu o lapso prescricional.” Isso porque:

A primeira denúncia oferecida na Justiça do Estado da Guanabara, tida como incompetente, não foi ratificada, expressa ou tacitamente, como peça básica de ação penal. Ofereceu-se outra denúncia (nova denúncia, não ratificação, ainda que contendo imputação idêntica). E essa nova denúncia, ao que informou o Dr. Juiz, foi impugnada em pedido de *habeas corpus* denegado, com fundamento em que não indicara a atuação de cada réu na ação delitiva (f. 34). Reconhecia-se, pois, que a ação penal se instaurara com base na segunda denúncia, não na primeira.

Tenho que, no caso, legitimamente se ofereceu a denúncia em janeiro de 1964, porque não se impunha a necessária aceitação ou ratificação da anterior. E o despacho que a recebeu e determinou a instauração da ação penal, como base nela, interrompeu o lapso prescricional.

Como se vê, o Ministro considerou válida a segunda denúncia, oferecida e recebida em 23/01/1964, eis que a primeira, recebida em 09/03/1962, não foi ratificada, mas sim substituída. O Ministro, então, deu provimento ao recurso – não pelo fundamento arguido pelo recorrente – mas porque entendeu não ter ocorrido a prescrição, pois sua contagem foi interrompida em 23/01/1964, data do recebimento da denúncia que considerou válida.

Os Ministros Antonio Neder, Thompson Flores e Djaci Falcão opinaram pelo provimento do recurso pelas razões consignadas por Rodrigues Alckmin.

O último Ministro a votar, Xavier de Albuquerque, entendeu na esteira de Rodrigues Alckmin que o recebimento da denúncia é ato decisório, porém não é atingido pelo artigo 567. Sobre a questão da irrecorribilidade da decisão levantada no *writ* anteriormente analisado, consignou:

O fato de não ser recorrível – porque só o é o que rejeita a denúncia, não o que a recebe – não tem o menor relevo para lhe negar o caráter decisório. Antes, pelo contrário, confirma-o. Não se pode admitir, efetivamente, que a mesma operação intelectual do juiz desfeche num provimento decisório, quando conclua negativamente, mas num provimento não-decisório, quando conclua afirmativamente. Caber recurso no primeiro caso, e não no segundo, nada tem a ver com a índole de um ato e outro, mas com critério de política processual que lhe é inteiramente estranho. Na generalidade dos casos, das decisões definitivas cabe recurso *pro et contra*, qualquer que seja o sentido do julgado. Das interlocutórias, ao invés, é comum dar-se, apenas, recurso *secundum eventum litis*, o que não significa que aquela proferida em sentido contrário ao que lhe propicia o cabimento perca, por isso, o seu caráter decisório.

Para reforçar seu posicionamento, o Ministro traz a lume um exemplo de ato judicial decisório irrecorrível:

Para lembrar, no processo penal, o exemplo mais próximo do de que cuidamos, cabe recurso da decisão que julga procedente a exceção de incompetência, mas não cabe daquela que a julga improcedente, e nem por isso deixa esta de ser ato decisório.

Insurge-se também Xavier Albuquerque com a comparação do recebimento da denúncia ao despacho que ordena a citação do réu no processo civil. Aduz que tal comparação somente seria viável nos procedimentos penais que comportam contraditório prévio ao juízo sobre a ação, pois, nestes casos, o juiz em simples despacho ordena a notificação do acusado para apresentar defesa prévia e, somente depois, é que decide sobre a viabilidade da ação. Em suas palavras:

Também não procede, *data venia*, a equiparação do despacho de recebimento da denúncia àquele que, no processo civil, manda citar o réu. Este tem paradigma, certamente, no processo penal, mas não é o despacho de recebimento da denúncia. Equipara-se-lhe o despacho que, no procedimento especial por crime afiançável de responsabilidade de funcionário público, manda notificar o réu para oferecer resposta escrita (art. 514), semelhante ao que profere o Relator da ação penal de competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 226 do Regimento Interno), porque ambos são prolatados antes que se receba, ou não, a denúncia. Nesses casos, insere-se a antecipação do contraditório, traduzido em resposta documentada do denunciado, entre o oferecimento da demanda penal e seu recebimento pelo juiz ou Tribunal, conforme pretendi ressaltar no voto que proferi em 9.11.72, na Ação Penal 215. Neles, por outro lado, amplia-se o elemento decisório do despacho de recebimento da denúncia, em confronto com o que se profere nos demais procedimentos, e por igual se amplia o campo de cognição do órgão jurisdicional.

Por fim, concorda com Rodrigues Alckmin no sentido de que, apesar de ser decisório, o recebimento da denúncia não é anulado quando proferido por juiz

incompetente, pois, por força do artigo 108, §1º, do Código de Processo Penal, é ratificado pelo juiz competente.

Do resultado do julgamento infere-se que por quatro votos a um o recurso foi provido; a maioria entendeu que o recebimento da denúncia é ato decisório, mas não é passível de anulação quando proferido por juiz incompetente. Na esteira do entendimento do Ministro Rodrigues Alckmin, a Corte cassou a ordem concedida pela instância inferior, por entender ser válida a segunda denúncia e ter o seu recebimento interrompido a prescrição, impedindo, com isso, a extinção da punibilidade dos recorridos. Apenas o Ministro Bilac Pinto concluiu que o ato possui conteúdo de expediente.

#### 4.1.4 Argumentos favoráveis e contrários à necessidade de motivação do recebimento da denúncia ou queixa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até o advento da Constituição de 1988

Conforme se constata dos julgados acima destacados, embora inicialmente o Supremo Tribunal Federal tenha entendido que o recebimento da denúncia é mero despacho de expediente – *Habeas Corpus* nº 31.078 e voto do Ministro Bilac Pinto no *Habeas Corpus* nº 38.833 – posteriormente, a partir do que decidiu a maioria dos Ministros no *Habeas Corpus* nº 38.833, a Corte passou a entender majoritariamente que o ato é decisório.

São três os argumentos do setor jurisprudencial que vislumbra o recebimento da denúncia como despacho: (i) a irrecorribilidade do ato; (ii) a sua equiparação com o despacho que ordena a citação do réu no processo civil e (iii) ser o ato “apenas” despacho de admissão da ação penal em juízo.

Já os argumentos que consideram o recebimento da denúncia ato decisório podem assim ser elencados: (i) a irrecorribilidade do ato não é indício de que ele seja despacho, deriva, em verdade, de um critério de política processual do legislador; (ii) não se admite a comparação entre o processo penal com o processo civil, pois na seara cível o ato limita-se a chamar o réu ao processo, enquanto que no âmbito criminal, além desta finalidade, no recebimento da denúncia o magistrado – para usar as palavras do Ministro Rodrigues Alckmin – “ajuíza da admissibilidade

da imputação”; (iii) a decisão sobre a denúncia quando positiva produz efeitos na esfera do acusado, pois sujeita-o ao processo e a exercer sua defesa dentro dos limites legais, bem como enseja a sua prisão cautelar nos casos em que ela é obrigatória; e (iv) o ato quando acolhe a denúncia atende o direito de ação, conforme, a *contrario sensu*, afirma Pedro Chaves “se o juiz não recebe a denúncia, aí teria desatendido o direito de ação”, há assim um conteúdo decisório no ato que se volta a admitir ou não a ação penal.

De se notar que, apesar de ser à época majoritário o entendimento que o recebimento da denúncia tem carga decisória – sobretudo após o voto do Ministro Rodrigues Alckmin lavrado no Recurso Extraordinário nº 74.297 –, há julgados esparsos que consignaram que o recebimento da denúncia não é ato decisório. É o caso, por exemplo, do Recurso em *Habeas Corpus* nº 63.833-3<sup>272</sup>, de 4/4/1986, de relatoria do Ministro Djaci Falcão, que na ocasião pontuou: “mantemos ponto de vista, no sentido de que tais atos (denúncia e seu recebimento) não são decisórios, sendo assim passíveis de ratificação como ocorreu na hipótese dos autos.”

De se notar também que no período analisado o Tribunal não se debruçou sobre a questão da motivação do recebimento da denúncia, eis que sua preocupação precípua era o alcance do artigo 567, do Código de Processo Penal. Há, no entanto, um julgado que superficialmente tratou do tema. É o Recurso em *Habeas Corpus* nº 65.471, de 4/9/1987, de relatoria do Ministro Moreira Alves, no qual ele assenta que “não há previsão legal para que se exija seja o despacho de recebimento da denúncia seja motivado.” Moreira Alves aduz que somente a rejeição da denúncia demanda fundamentação e que o então vigente artigo 394, do Código de Processo Penal<sup>273</sup>, não alude à fundamentação na hipótese de recebimento da denúncia. Esta decisão, malgrado tenha apenas tangenciado a questão, é importante, pois serviu como precedente para a orientação do Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados após a Constituição de 88, como, por exemplo,

---

<sup>272</sup> Infere-se da ementa do acórdão: Habeas corpus. Alegação de nulidade. A denúncia e o seu recebimento quando emanados de autoridades incompetentes *ratione materiae* podem ser ratificados no juízo competente. Aplicação dos arts. 108, parágrafo 1º e 567, do C. P. Penal, além do art. 565 do mesmo diploma, em virtude de ratificação da defesa prévia, das alegações finais e contra-razões. Recurso improvido.

<sup>273</sup> O artigo 394 previa: O juiz, ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for caso, do querelante ou do assistente.

no *Habeas Corpus* nº 70.763-7, de relatoria do Ministro Celso de Mello, datado de 28/6/1994.

Foi a partir do advento da Constituição, em razão do disposto no artigo 93, inciso, IX, que o Tribunal teve de enfrentar a questão da motivação do recebimento da denúncia ou queixa. A discussão preeminente deixou de ser o alcance do artigo 567, do Código de Processo Penal e passou a ser o alcance do artigo 93, inciso IX, da Constituição.

Para resolver esta nova questão, a Corte tinha em mãos o entendimento majoritário de que o ato, apesar de ter carga decisória, não era passível de anulação quando proferido por juiz incompetente. O Supremo Tribunal Federal, então, valeu-se deste legado para firmar o entendimento de que o ato, a despeito de ser decisório, não é passível de anulação se ausente a sua motivação, pois não é alcançado pela previsão constitucional do artigo 93, inciso IX.

O tópico a seguir volta-se a analisar os julgados que fixaram tal entendimento.

#### 4.2 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APÓS O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Desde o advento da Constituição da República de 1988 até o ano de 2014 o Ministro que mais detidamente analisou o recebimento da denúncia sob a perspectiva da sua motivação foi o Ministro Celso de Mello.

São três os julgados em que Celso de Mello expôs de forma detalhada o seu posicionamento e foi seguido pelos demais membros da Corte. Os julgados são os seguintes: *Habeas Corpus* nº 70.763-7, de 28/6/1994, *Habeas Corpus* nº 93.056-5, de 16/12/2008 e o Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 107.066, de 12/11/2013.

Outro julgado importante neste período, citado pelas decisões que lhe são posteriores, é o *Habeas Corpus* nº 72.286-5, de 28/11/1995, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa.

Consoante se verá a seguir, estas decisões pouco inovaram. Limitaram-se a trazer à baila o entendimento do Tribunal anterior à Constituição de 1988 e adaptá-lo à previsão constitucional do dever de motivação das decisões judiciais. A única discussão inédita que passou a ser travada diz com o argumento de que o recebimento da denúncia ou queixa dispensa motivação, a fim de evitar o pré-julgamento do caso.

#### 4.2.1 O posicionamento do Ministro Celso de Mello

Na primeira ocasião em que tratou da questão (*Habeas Corpus* nº 68.926, de 10/12/1991), Celso de Mello, seguindo orientação do Tribunal da década de 50 do século passado<sup>274</sup>, consignou que o acolhimento da denúncia pode ser implícito. Filiou-se ao entendimento de que a falta do expreso recebimento da denúncia não anula o processo, se a sua aceitação se torna inequívoca pela realização de outros atos processuais. O Ministro entendeu que neste caso a interrupção da prescrição efetiva-se pelo despacho de designação do interrogatório.

Este posicionamento não ganhou acolhida na Corte, tanto é que não é citado pelos demais membros do Tribunal. Porém, o próprio Celso de Mello, em 2008, citando seu voto de 1991, voltou a afirmar a possibilidade do acolhimento da denúncia ser tácito:

A colenda Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal reiterou, já sob a égide do vigente ordenamento constitucional, o entendimento em questão, admitindo, até, o próprio recebimento tácito da peça acusatória, em acórdão assim ementado (RTJ 142/582, Rel. Min. Celso de Mello)...

Os julgados de Celso de Mello que ganharam acolhida na Corte são, conforme se adiantou, o *Habeas Corpus* nº 70.763-7, de 28/6/1994, o *Habeas Corpus* nº 93.056-5, de 16/12/2008 e o Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 107.066, de 12/11/2013. Todos eles foram decididos de forma unânime.

Neles, o Ministro consolidou o entendimento de que o exame da denúncia e da queixa não é alcançado pelo dever de motivação inserido na Constituição. Este

---

<sup>274</sup> Recurso de *Habeas Corpus* nº 34.788, de 16/1/1957, cujo relator foi o Ministro Ribeiro da Costa, e Recurso de *Habeas Corpus* nº 34.368, de 8/8/1956.

entendimento foi amplamente aceito pelos demais Ministros e é o principal argumento utilizado para rechaçar os pedidos de nulidade por ausência de fundamentação que chegam à Corte.

Pontua Celso de Mello:

Na realidade, e salvo disposição legal em contrário, não se estende ao recebimento da denúncia a norma inscrita no art. 93, inc. IX, da Constituição, eis que esse preceito constitucional somente alcança os atos revestidos de conteúdo decisório.<sup>275</sup>

Na ementa dos acórdãos escreve:

O ato judicial que formaliza o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público não se qualifica e nem se equipara, para os fins a que se refere o art. 93, IX, da Constituição de 1988, a ato de caráter decisório. O juízo positivo de admissibilidade da acusação não reclama, em consequência, qualquer fundamentação.<sup>276</sup>

Na ementa do acórdão de 2008, inseriu a expressão “ainda que desejável e conveniente” a motivação do ato:

O ato judicial que formaliza o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público não se qualifica e nem se equipara, para os fins a que se refere o art. 93, IX, da Constituição de 1988, a ato de caráter decisório. O juízo positivo de admissibilidade da acusação penal, ainda que desejável e conveniente a sua motivação, não reclama, contudo, qualquer fundamentação.<sup>277</sup> (sem grifo no original).

É de se observar que o Ministro não justifica o seu posicionamento, limitando-se a afirmar que o ato não é abrangido pelo disposto na Constituição sem, no entanto, externar por que entende neste sentido.<sup>278</sup>

---

<sup>275</sup> Excertos dos *Habeas Corpus* nº 70.763-7, de 1994 e *Habeas Corpus* nº 93.056-5, de 2008.

No *Habeas Corpus* nº 107.066, sem a explicitar a ressalva, o Ministro registrou: “Na realidade, não se estende ao recebimento da denúncia a norma inscrita no art. 93, inc. IX, da Constituição, eis que esse preceito constitucional somente alcança os atos revestidos de conteúdo decisório.”

<sup>276</sup> *Habeas Corpus* nº 70.763-7, de 1994.

<sup>277</sup> *Habeas Corpus* nº 93.056-5, de 2008.

<sup>278</sup> Muitas decisões citam o posicionamento de Celso de Mello, transcrevendo-o na ementa dos acórdãos. Dentre elas, elencam-se algumas, apenas a título de ilustração: *Habeas Corpus* nº 86.248-9, do Ministro Sepúlveda Pertence, de 8/11/2005, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 87.005-8, do Ministro Joaquim Barbosa, de 16/5/2006, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 97.598, de 4/8/2009, da Ministra Ellen Gracie, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 101.889, da Ministra

O que há no seu voto é a menção a precedentes do Tribunal anteriores à Constituição de 1988. Em seu julgado de 1994 invoca o seu entendimento, externado em 1991<sup>279</sup> e embasado em decisões da década de 50 do século passado<sup>280</sup>, de que o ato pode ser tácito e a posição de Moreira Alves<sup>281</sup> de que o Código de Processo Penal não exige que o recebimento da denúncia seja motivado.

Nos seus dois julgados posteriores, lavrados nos anos de 2008 e 2013, o Ministro acrescenta outras decisões<sup>282</sup> posteriores à Constituição de 1988 que, na verdade, refletem o seu entendimento de 1994.

Nesta busca por precedentes para fixar o seu posicionamento, Celso de Mello incorre em um grave erro. Ao afirmar que o Tribunal já se colocou a discutir a qualificação do recebimento da denúncia como decisão ou despacho, o Ministro aduz:

Também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tal como precedentemente enfatizado, **recusa** ao recebimento da denúncia a qualificação de provimento judicial de natureza decisória, salientando que o “O **despacho** que recebe a denúncia (...) **não é ato decisório...**” (RTJ 69/758, rel. Min. Rodrigues Alckmin – grifei).<sup>283</sup>

A decisão citada pelo Ministro é o Recurso Extraordinário nº 74.297. É de se notar o grave equívoco no qual incorreu Celso de Mello ao dizer que aquele julgado firmou o entendimento de que o recebimento da denúncia não é ato decisório. Não firmou. O entendimento de que o ato possui “conteúdo ordinatório ou de expediente” é do Ministro Bilac Pinto e restou vencido na ocasião. Majoritariamente concluiu-se que o ato é decisório, porém não é abarcado pelo artigo 567, do Código de Processo Penal.

---

Carmen Lúcia, de 11/5/2010, *Habeas Corpus* nº 118.184, também da Ministra Carmen Lúcia, de 10/12/2013 e *Habeas Corpus* nº 118.379, do Ministro Dias Toffoli, de 11/03/2014.

<sup>279</sup> *Habeas Corpus* nº 68.926, de 10/12/1991.

<sup>280</sup> Recurso de *Habeas Corpus* nº 34.788, de 16/1/1957, cujo relator foi o Ministro Ribeiro da Costa, e Recurso de *Habeas Corpus* nº 34.368, de 8/8/1956.

<sup>281</sup> Recurso em *Habeas Corpus* nº 65.471, de 4/9/1987.

<sup>282</sup> Tratam-se das decisões proferidas nos seguintes julgados: *Habeas Corpus* nº 72.286-5, de 28/11/1995, do Ministro Maurício Corrêa, *Habeas Corpus* nº 82.242, de 17/9/2002, do Ministro Gilmar Mendes, *Habeas Corpus* nº 86.248-9, de 8/11/2005, do Ministro Sepúlveda Pertence e Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 87.005-8, de 16/5/2006, do Ministro Joaquim Barbosa e Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 97.598, de 4/8/2009, da Ministra Ellen Gracie.

<sup>283</sup> *Habeas Corpus* nº 70.763-7, de 28/6/1994.

Por fim, o ponto mais interessante suscitado por Celso de Mello diz com o argumento de que o acolhimento da denúncia ou queixa não demanda motivação, a fim de evitar o pré-julgamento do caso.

Trata-se de questão suscitada em um julgado da Corte do ano de 1986, porém sobre a qual não se discutiu à época. O julgado é o Recurso em *Habeas Corpus* nº 63.942, de 18/4/1986, de relatoria do Ministro Octavio Galotti. Nele, Assis Toledo, então Subprocurador-geral da República, emitiu parecer no qual *an passant* consigna preocupação em relação ao pré-julgamento do caso quando da análise da ação:

Quando o procedimento tem curso perante o juiz singular, somente se exige fundamentação no despacho de recebimento da denúncia, em se tratando de crime falimentar. Nos demais casos, a praxe é fundamentar-se somente a rejeição da denúncia ou da queixa, não o seu recebimento, para evitar-se prejulgamento da causa.

A questão permaneceu latente até que invocada – sem, no entanto, haver menção ao entendimento de Assis Toledo – por Celso de Mello no *Habeas Corpus* de 1994, *verbis*:

...não se pode impor ao magistrado de primeiro grau, na fase meramente preliminar do processo penal condenatório, qualquer incursão pelo conjunto probatório coligido ao longo da investigação policial, sob pena de o exame aprofundado da prova implicar inadmissível antecipação jurisdicional sobre o próprio mérito da causa.

Talvez este seja o argumento mais interessante da Corte para refutar a fundamentação do provimento judicial que admite a ação. Ele diz em parte com uma má-compreensão da matéria a ser analisada quando do exame da ação e será analisado mais adiante.

#### 4.2.2 O posicionamento do Ministro Maurício Corrêa

Outro julgado importante neste período, porém mais simples que as decisões de Celso de Mello, é o *Habeas Corpus* nº 72.286-5, de 28/11/1995, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, decidido de forma unânime.

Nele, Maurício Corrêa assevera que o recebimento da denúncia e da queixa prescinde de motivação, primeiro porque o então vigente artigo 394, do Código de Processo Penal, não exige a sua fundamentação e segundo porque o ato é irrecurável:

Dispõe o art. 394 do Código de Processo Penal que “o juiz, ao receber a queixa ou a denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente”, de forma que é possível verificar que o despacho impugnado obedeceu às exigências da lei. Acrescento que o art. 516 do mesmo Código só exige fundamentação quando o juiz rejeita a denúncia ou a queixa, e não quando a recebe; esta norma está intimamente relacionada com a do art. 581, I, do mesmo Código, segundo a qual, entende-se que é irrecurável o despacho que recebe a denúncia ou a queixa, sendo recorável, apenas, a decisão que não a recebe.

Conforme se constata, Maurício Corrêa repete os argumentos invocados pela jurisprudência anterior à Constituição de 88 e incorre no mesmo equívoco de Celso de Mello, pois respalda seu entendimento no voto do Ministro Bilac Pinto, o qual restou vencido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 74.297:

Esta questão (qualificação do ato de recebimento da denúncia como despacho ou decisão) foi tratada no Plenário desta Corte, ainda que para fins diversos, no julgamento do RECrIm nº 74.297-RJ (69/758), de onde extraio o seguinte excerto do voto do Min. BILAC PINTO, relator do processo...

Pois bem. Não obstante a simplicidade do voto do Ministro Maurício Correa, que em nenhum ponto inova a análise da matéria, este julgado é importante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois serve como precedente para as decisões que lhe são posteriores e, inclusive, é utilizado por Celso de Mello nas decisões de 2008 e 2013 para reforçar o seu entendimento.

#### 4.3 CRÍTICA AO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Da exposição da jurisprudência nos períodos destacados, colhe-se que os argumentos do Supremo Tribunal Federal para afastar a necessidade de motivação do ato de recebimento da denúncia ou queixa são:

- i) a irrecorribilidade do ato;

- ii) a sua equiparação com o despacho que ordena a citação do réu no processo civil;
- iii) poder ser implícita a admissão da ação e não estar o ato alcançado pelo disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição;
- iv) ser o ato mero despacho de admissão da ação penal em juízo; e
- v) evitar o pré-julgamento do mérito da causa na fase do recebimento da peça acusatória.

#### 4.3.1 Dos argumentos de ser o recebimento da denúncia ou queixa ato de mera admissibilidade da ação penal e de implicar pré-julgamento do mérito da causa

O argumento de ser o recebimento da denúncia ou queixa ato de mera admissibilidade da ação penal serve para embasar o posicionamento de que o ato dispensa fundamentação, mas também de que carece de fundamentação.

O Ministro Ribeiro da Costa (*Habeas Corpus* nº 38.833) ao concluir não ser decisório o ato judicial de recebimento da denúncia, asseverou que ele constitui mera admissão da ação penal, palco onde serão produzidas, sob contraste, as provas da acusação e defesa para posterior valoração pelo juiz.<sup>284</sup>

Ao concluir em sentido contrário, Rodrigues Alckmin, no Recurso Extraordinário nº 74.297, asseverou que o magistrado ao apreciar a denúncia para recebê-la ou rejeitá-la, ajuíza da admissibilidade da acusação, daí por que o ato possui conteúdo decisório.<sup>285</sup> Neste mesmo sentido, Pedro Chaves, no *Habeas*

---

<sup>284</sup> Consoante o voto prolatado no *Habeas Corpus* nº 38.833: O que se infere desta decisão (*Habeas Corpus* nº 31.078) é que, irrecurável o despacho que recebe a denúncia, embora proferido por juiz de paz, não era isto passível de anulação, porque não se tratava de matéria decisória, e sim, de despacho meramente interlocutório, ordinatório do processo, de recebimento, de admissão da ação penal em Juízo para que, então seja ela apreciada em face das provas que sejam produzidas na instrução criminal: provas de acusação e de defesa que sob contraste e apreciação do Juízo, então, é que será julgado e decidido.

Entendo que não seria, nunca, caso de anular a ação penal a partir do despacho que recebeu a denúncia, quando o processo vai prosseguir sob a competência de outro Juízo, conforme determinou o acórdão no caso do pedido de *habeas corpus* proferido pelo Tribunal do Rio Grande do Sul em face do art. 88 do CPP.

<sup>285</sup> Consoante o voto prolatado no Recurso Extraordinário nº 74.297: Também não dou adesão, com a vênua devida, à tese de que o recebimento da denúncia é simples despacho de expediente. Larga jurisprudência deste Supremo Tribunal tem considerado ser ela inadmissível e ilegítima coação, quando não encontra 'justa causa'. Conseqüentemente, o magistrado, ao apreciar a denúncia para

*Corpus* nº 38.833, entendeu que o juiz ao receber a denúncia examina a viabilidade da ação e verifica se estão presentes os requisitos do artigo 43, do Código de Processo Penal.<sup>286</sup>

De acordo com o afirmado pelos Ministros acima referidos, o recebimento da denúncia ou queixa demanda a verificação dos requisitos previstos no artigo 43, do Código de Processo Penal.

Ocorre que o referido artigo foi revogado na reforma processual levada a cabo no ano de 2008 (artigo 3º, da Lei 11.719/2008<sup>287</sup>). A sua redação era a seguinte:

A denúncia ou queixa será rejeitada quando:  
I – o fato narrado evidentemente não constituir crime;  
II – já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;  
III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal  
Parágrafo único. Nos casos do no III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.

Com a reforma legislativa, a matéria a ser analisada pelo juiz quando do controle da admissibilidade da ação penal passou a ser prevista no artigo 395 do Código de Processo Penal:

A denúncia ou queixa será rejeitada quando:  
I – for manifestamente inepta;  
II – faltar pressuposto processual ou condição da penal; ou  
III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.

De se notar que o artigo revogado e o que lhe sucedeu são bastante diferentes. A redação do artigo 395 possui inúmeras inconsistências técnicas. Correto seria ter mantido a redação do artigo 43.

---

recebê-la ou rejeitá-la, ajuíza (embora implicitamente) da admissibilidade da imputação. É decisão após cognição liminar e necessariamente incompleta, para afirmar existentes os pressupostos e, mais, causa 'justa' para a ação penal. O despacho não é, portanto, de mero expediente.

<sup>286</sup> Consoante o voto prolatado no *Habeas Corpus* nº 38.833: O Juiz, ao receber a denúncia, vai examinar todos os pressupostos de legitimidade da ação penal; tem de examinar todos os requisitos do art. 43 do C.P.P. e o argumento que surgiu, aqui, de ser irrecurável o despacho do recebimento, a meu vêr, vem a fortalecer a minha opinião, de que se trata de um despacho decisório. Mas, como é um despacho que abre os pórticos da ação penal, êle produz efeito, êle sujeita o cidadão ao constrangimento de um processo: o cidadão fica obrigado a se defender dentro das normas processuais traçadas para êste fim.

<sup>287</sup> Ficam revogados os arts. 43, 398, 498, 499, 500, 501, 502, 537, 539, 540, 594, os §§ 1º e 2º do art. 366, os §§ 1º a 4º do art. 533, os §§ 1º e 2º do art. 535 e os §§ 1º a 4º do art. 538 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

Quanto ao segundo argumento, objeto desta seção, a tese de que a fundamentação do recebimento da denúncia e da queixa implica pré-julgamento do mérito da causa diz com a má-compreensão do que são as condições da ação penal e no que comporta o exame de cada uma delas.

Querer fazer crer que a análise dos elementos do inquérito policial implica julgamento antecipado do caso revela desconhecimento do Supremo Tribunal Federal acerca do que constitui a operação mental realizada pelo juiz quando do controle da admissibilidade da ação penal.

A refutação destes dois argumentos invocados pelo Supremo Tribunal Federal demanda que se investigue o conteúdo do juízo de admissibilidade da ação penal. É o que o que se passa a fazer.

#### 4.3.1.1 Os pressupostos processuais como conteúdo do juízo de admissibilidade da ação penal

No que diz respeito aos pressupostos processuais (inciso II, do artigo 395), como conteúdo do juízo de admissibilidade da ação penal vale dizer que o legislador de 2008 mostrou adesão à teoria processual de Oskar BÜLOW, por ter expressamente consignado a categoria dos pressupostos processuais no texto legal.

É bem verdade que a inserção expressa da categoria dos pressupostos processuais no artigo 395 foi infeliz.

Antonio Acir BREDA em revisão ao artigo em comento no texto “A reforma do processo penal”, aponta seus problemas.<sup>288</sup>

O mesmo autor em trabalho anterior elencou quais são os pressupostos processuais de validade do processo. Consignou que eles são “requisitos indispensáveis à validade do processo, seja para sua constituição ou desenvolvimento”<sup>289</sup> e que o vício em relação a eles repercute na esfera da nulidade processual. São seis os pressupostos processuais de validade: (i) regularidade da acusação, (ii) citação regular, (iii) competência e jurisdição do órgão julgador, (iv)

---

<sup>288</sup> BREDA, A. A. **A reforma...cit.**, p. 7-10.

<sup>289</sup> BREDA, Antonio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal.** *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, n. 2, 1980, p. 99.

capacidade das partes, (v) originalidade da causa e (vi) intervenção das partes no curso do procedimento.<sup>290</sup>

Pois bem.

O primeiro equívoco do artigo 395 diz com a redundância do inciso I (inépcia da exordial) e do inciso II (no que diz respeito à falta de pressuposto processual). Afirma BREDA: “O novo texto é redundante ao afirmar que a acusação será rejeitada quando foi ‘manifestamente inepta’ ou ‘(...) faltar pressuposto processual’.<sup>291</sup> Com efeito, a regularidade formal da acusação, vale dizer, o que deve conter a denúncia ou queixa, a teor do artigo 41, do Código de Processo Penal<sup>292</sup>, constitui pressuposto processual de validade, daí por que desnecessária a previsão do inciso I, do artigo 395.

O segundo equívoco que se depreende do artigo 395, oriundo da afirmação genérica de que os pressupostos processuais ensejam a rejeição da denúncia ou queixa, é incompetência ou falta de jurisdição do órgão julgador. Não obstante sejam pressupostos processuais, na hipótese do juiz não possuir competência para o processo e julgamento do caso, não deve emitir decisão de rejeição da inicial. Uma vez que lhe falta competência ou jurisdição, não lhe incumbe proferir decisão, sob pena desta ser nula. Deve, então, remeter os autos a quem repute ter jurisdição e competência.<sup>293</sup>

O terceiro equívoco do artigo 395 diz com a originalidade da causa como causa de rejeição liminar da denúncia e da queixa. Isso porque, quem suscita o vício por via da objeção de litispendência e coisa julgada é a defesa. É ela que possui condições de aferir a originalidade da causa. O magistrado, ainda que tenha contato com os antecedentes criminais do acusado e processos penais em andamento, não tem acesso, a não ser que requisite, às informações que lhe permitam aferir a

---

<sup>290</sup> BREDA, A. A. **Efeitos da declaração...cit.**, p. 100-109.

<sup>291</sup> BREDA, A. A. **A reforma...cit.**, . p. 7.

<sup>292</sup> Dispõe o artigo 41: A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

<sup>293</sup> Sobre a atecnia do artigo 395 em relação ao pressuposto processual relativo à competência e jurisdição, assevera Antonio Acir BREDA: “Assim, a falta de capacidade específica objetiva (competência material, territorial e funcional) determina que o juiz se abstenha de atuar na causa, remetendo os autos à autoridade jurisdicional competente (art. 109 do CPP).

A falta de capacidade específica subjetiva (impedimento, suspeição ou incompatibilidade), outro pressuposto processual de validade da relação processual, também impõe que o juiz se abstenha, sob pena de ser recusado pelos partes.” (**A reforma...cit.**, p. 7.).

identidade do fato e do réu entre duas imputações. Daí por que este pressuposto processual não é, via de regra, passível de verificação *in limine*, razão pela qual deveria estar reservado a momento posterior à resposta à acusação.<sup>294</sup>

Quanto aos outros pressupostos processuais, também não há como verificar o seu preenchimento na sede do juízo sobre a ação. Aduz Breda: “Os demais pressupostos de validade (citação inicial, intervenção das partes no curso do procedimento, capacidade postulatória, adoção do tipo legal de procedimento, etc.) não incidem sobre o juízo liminar de admissibilidade da acusação.”<sup>295</sup>

Estes equívocos do legislador poderiam ser em parte resolvidos se o recebimento da exordial estivesse reservado a momento posterior à resposta à acusação. O contraditório prévio permitiria ao magistrado aferir a presença dos pressupostos processuais ligados à originalidade da causa, citação, capacidade das partes e até mesmo a aferir com mais propriedade a competência e jurisdição do órgão julgador. Não é por outro motivo que Antonio Acir BREDA conclui que em juízo liminar só é possível verificar com segurança o pressuposto processual relacionado à aptidão formal da denúncia e da queixa:

A acusação regular é, a rigor, o único pressuposto processual que o juiz deve examinar ao despachar a denúncia ou queixa. Todos os demais pressupostos processuais exigidos na fase postulatória de procedimento não levam a rejeição liminar da acusação, daí porque bastaria a norma do inciso I, sendo totalmente supérflua a primeira parte do inciso II.<sup>296</sup>

#### 4.3.1.2 As condições da ação como conteúdo do juízo de admissibilidade da ação penal

O tema das condições da ação é assaz complexo no processo penal. Assim como outras diversas questões da seara penal, as condições da ação foram concebidas pela doutrina à luz daquilo que se passa no processo civil.<sup>297</sup>

---

<sup>294</sup> Leciona BREDA: “A originalidade da causa (litispendência e coisa julgada), pressuposto de validade e constituição da relação processual, também não leva à rejeição liminar da acusação, até porque o problema do *ne bis in idem* surge quando argüido pela defesa, em exceção ou em defesa preliminar. Trata-se de típica objeção processual a ser declarada em qualquer fase do procedimento, independente de argüição das partes.” (**A reforma...cit.**, p. 7.).

<sup>295</sup> BREDA, A. A. **A reforma...cit.**, p. 8.

<sup>296</sup> BREDA, A. A. **A reforma...cit.**, p. 7.

<sup>297</sup> A transposição das condições da ação do processo civil para o processo penal pode ser verificada da em MARQUES, J. F. **Elementos de direito...cit.**, p. 162, TORNAGHI, H. **A relação...cit.**, p. 245-

No entanto, desde as anotações de Fernando FOWLER em 1977 em texto intitulado “Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma”, muitos autores se dedicaram à crítica da transposição das condições da ação civil ao processo penal.

Na década de 80, Antonio Acir BREDA e Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO trabalharam a questão, nos textos “Efeitos da declaração de nulidade no processo penal” (1980) e “A lide e o conteúdo do processo penal” (1989).

A partir dos anos 2000 inúmeros autores passaram a discorrer sobre a impropriedade das condições da ação civil no processo penal. A título de ilustração citam-se as seguintes obras que tratam da questão: “Direito processual penal”, de Aury LOPES JÚNIOR<sup>298</sup>, “A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação” e “Ação processual penal entre política e constituição”, ambos de Marco Aurélio Nunes da SILVEIRA<sup>299</sup>, “Diferenças de tratamento das condições da ação no processo civil para o processo penal brasileiro”, de Flaviane de Magalhães BARROS e Débora Carvalho FIORATTO<sup>300</sup>, “As condições da ação penal”, de Vladimir STASIAK<sup>301</sup>, “As condições da ação na reforma parcial do Código de Processo Penal”, de Guilherme Brenner LUCCHESI<sup>302</sup>, etc.

O caminho percorrido por esses autores, em geral, é a exposição do conteúdo de cada uma das condições da ação civil, a partir da obra de Enrico Tullio LIEBMAN<sup>303</sup> – para quem as condições da ação podem ser elencadas como possibilidade jurídica do pedido<sup>304</sup>, interesse de agir<sup>305</sup> e legitimidade *ad causam*<sup>306</sup> e

---

252, GRINOVER, Ada Pellegrini. **Condições da ação penal**. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 35-190.

<sup>298</sup> Este autor trabalhou as condições da ação penal em seu principal livro de processo penal, desde a sua primeira edição, intitulado *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, publicado no ano de 2007.

<sup>299</sup> Estas obras do autor, ambas publicadas pela editora Lumen Juris do Rio de Janeiro, datam de 2005 e 2014.

<sup>300</sup> Este texto, publicado em 2008, em Florianópolis, integra os anais do XVII Encontro preparatório do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito.

<sup>301</sup> Este livro foi publicado em 2004, em Porto Alegre, por Sergio Antonio Fabris Editor.

<sup>302</sup> Este artigo foi publicado na revista eletrônica do CEJUR (Centro de estudos jurídicos da Universidade Federal do Paraná), no volume 1 e número 4 do ano de 2009.

<sup>303</sup> LIEBMAN trabalhou a questão das condições da ação em texto traduzido para o português sob o título “O despacho saneador e o julgamento do mérito”, que está disponível no livro “Estudos sobre o processo civil brasileiro”, de 1947.

<sup>304</sup> Sobre a possibilidade jurídica do pedido, aduz Enrico Tullio LIEBMAN: “Por possibilidade jurídica do pedido entendo a possibilidade para o juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor. Por ex., um pedido de divórcio carece hoje, no Brasil, de possibilidade jurídica, porque as leis brasileiras não permitem decretar a dissolução do casamento. Da mesma forma, carece desse requisito um pedido de mandado de segurança contra ato do

assim restaram redigidas no Código de Processo Civil (artigo 267, inciso VI)<sup>307</sup> –, e a demonstração de que tais categorias não são passíveis de aplicação no processo penal.

Alguns dos autores, então, trabalham as condições da ação penal com nome e conteúdo próprio, em parte, a partir do que dispunha o artigo 43 do Código de Processo Penal<sup>308</sup>, e outros mantêm a nomenclatura do processo civil<sup>309</sup>, porém adaptam o conteúdo das condições da ação ao processo penal.

---

presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e dos interventores (art. 319 do Cód. de Proc. Civil). Nesses casos o juiz nem deve conhecer a lide, porque, de qualquer modo, não poderia proferir a decisão pleiteada pelo autor.” (**O despacho saneador e o julgamento do mérito.** In: Estudos sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 140.).

Esta concepção não ficou imune de críticas. Infere-se da insurgência de Egas Dirceu Muniz de ARAGÃO: “Sendo a ação o direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício; aí, sim, faltará a possibilidade jurídica. Se o caso for de ausência de um preceito que ampare em abstrato o pronunciamento pleiteado pelo autor, ainda não se estará verdadeiramente, em face da impossibilidade jurídica. É o que sucederia com a ação declaratória incidental ao tempo do Código de 1939, que, embora não a previsse, também não a proibia e, por isso, podia ser empregada, conforme afirmou Alfredo Buzaid, não procedendo a crítica que lhe faz Arruda Alvim. Não havendo veto há possibilidade jurídica do pedido; se houver proibição legal não há possibilidade jurídica.” (**Comentários ao Código de Processo Civil.** v. 2. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2000, p. 396.).

É verdade que o próprio LIEBMAN anos após ter formulado o rol das condições da ação, retirou do rol a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, consoante aduz Ada Pellegrini GRINOVER: “O requisito da possibilidade jurídica constitui descoberta recente da doutrina processual, devida a LIEBMAN, quando entre nós se encontrava. Curiosamente, é agora o mesmo LIEBMAN que, lançando a terceira edição de seu *Manuale*, elimina a categoria da possibilidade jurídica, subsumindo-a na do interesse de agir; e justamente enquanto o legislador brasileiro adotava francamente a primeira posição do Mestre italiano.” (**Condições da ação...cit.**, p. 38-39.).

<sup>305</sup> Segundo Enrico Tullio LIEBMAN o interesse de agir decorre do conflito de interesses e da adequação do pedido à solução do conflito: “A existência do conflito de interesses fora do processo é a situação que faz nascer no autor interesse de pedir ao juiz uma providência capaz de resolver. Se não existe o conflito ou se o pedido do autor não é adequado para resolvê-lo, o juiz deve recusar o exame do pedido como inútil, anti-econômico e dispersivo.” (**O despacho...cit.**, p. 141.).

<sup>306</sup> Por fim, LIEBMAN assevera que: “legitimação (ou legitimidade *ad causam*) é a pertinência subjetiva da lide nas pessoas do autor e do réu, isto é, o reconhecimento do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas respectivamente a pedir e contestar a providência que é objeto da demanda. Toda vez que surge um conflito de interesses, a lei não reconhece a qualquer um o poder de dirigir-se ao juiz para que intervenha e imponha o império da lei. Aquele a quem a lei atribui esse poder e aquele em face de quem o pedido pode ser feito é que são as pessoas legítimas.” (**O despacho...cit.**, p. 142-143.).

<sup>307</sup> Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

<sup>308</sup> Sobre a leitura das condições da ação penal com base no artigo 43, asseverou Fernando FOWLER: “A própria legislação atual permite que se extraia do seu contexto a necessidade das condições da ação para o exercício da ação penal, ao disciplinar no art. 43 do C.P.P., as causas de rejeição da denúncia ou queixa.” (**Anotações em torno...cit.**, p. 86.).

<sup>309</sup> É o caso, por exemplo, de Paulo Sérgio Rangel do NASCIMENTO. O autor mantém a nomenclatura do processo civil – interesse de agir e possibilidade jurídica – para afirmar o regular exercício da ação penal nos casos em que a pretensão punitiva não foi atingida pela prescrição e os casos em que a denúncia ou queixa veicula fato descrito em norma penal incriminadora. Sobre o interesse de agir aduz: “Destarte, o interesse processual passa a ser uma necessidade de ir a juízo para reclamar alguma providência jurisdicional que se entende devida. Dessa forma, a prática de uma infração penal faz surgir a pretensão acusatória que será exercida, via ação penal, se houver

Dentre os autores que reformularam as condições da ação penal, destaca-se a construção de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO que apareceu primeiro na obra “A lide e o conteúdo do processo penal” e depois foi reafirmada no texto “A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial”.

A apresentação das condições próprias da ação penal é feita, conforme expressamente consignado pelo autor em nota de rodapé, a partir da constatação de Fernando FOWLER e Antonio Acir BREDA:

Parte da doutrina do processo penal, de regra livre das raízes do processo civil, desde logo não aceita a adaptação, apresentado as condições da ação no processo penal a partir da interpretação do art. 43 do CPP, o qual dispõe sobre as hipóteses em que o juiz deve rejeitar a denúncia ou a queixa. Por esse caminho, através de um estudo sistemático do art. 43, em confronto com o art. 18, ambos do CPP, apresentam-se as condições da ação no processo penal: a) tipicidade objetiva; b) punibilidade concreta; c) legitimidade de parte; d) justa causa (referente ao art. 43, III, 2ª parte).<sup>310 311</sup>

<sup>312</sup>

---

interesse processual, pois, havendo a prescrição desta pretensão, entendemos não haver interesse de agir. Como ingressar com uma ação, pedindo condenação, quando o Estado não tem mais interesse na solução do caso penal, já que não mais poderá aplicar a *sanctio iuris*? Nesse caso, a prescrição faz com que se perca o interesse de agir. Claro que a prescrição é mérito, porém, ocorrendo, atinge o interesse (necessidade) de se dirigir ao Judiciário para se reclamar qualquer providência devida. Não podemos fazer confusão entre os dois institutos: prescrição (mérito) e interesse processual (condição para o regular exercício do direito de agir). Ora seria hilário se mesmo prescrito o crime houvesse necessidade de se dirigir ao Estado-juiz para que o mesmo declarasse a ocorrência da prescrição, declarando extinta a punibilidade.” (**Direito processual... cit.**, p. 278-279.). Quanto à possibilidade jurídica do pedido afirma: “A possibilidade jurídica do pedido significa que a providência que o autor pede, na hipótese, deve estar prevista em lei para que a ação seja regularmente exercida. O pedido do autor deve estar previsto no ordenamento jurídico, sendo inadmissível o atendimento de um pedido que não encontra arrimo na lei. O fato narrado na petição inicial deve ser típico (descrito em norma penal incriminadora) e o pedido ministerial deve ser admissível no direito.” (**Direito processual...cit.**, p. 280).

<sup>310</sup> COUTINHO, J. N. M. **A lide...cit.**, p. 145.

<sup>311</sup> Quanto à tipicidade objetiva vale esclarecer que o autor, mais adiante na mesma obra, adverte que esta condição da ação está relacionada à tipicidade aparente e não à tipicidade manifesta COUTINHO, J. N. M. **A lide...cit.**, p. 147). Esta questão será abordada no tópico específico da tipicidade aparente como condição da ação.

Anos mais tarde, o autor reitera seu posicionamento, sobre quais seria as condições da ação penal. Ao tratar das hipóteses de arquivamento do inquérito policial, aduz:

“Como já anotamos anteriormente, as condições da ação, no processo penal brasileiro, assumem uma posição particular – embora exista uma grande discussão na doutrina – em razão das regras dos arts. 43 e 18 do CPP. Desse modo, o fundamento do pedido de arquivamento pelo Ministério Público e do ato do Juiz determinando-o está vinculado: ou à *falta, pelo menos aparente, de adequação típica do fato* objeto de reconstrução no inquérito policial (art. 43, I, do CPP); ou à *falta de justa causa* (art. 43, III, 2ª parte, c/c o art. 18, ambos do CPP), isto é, falta de prova do fato (materialidade do delito e indícios de autoria). A legitimidade para agir (art. 43, III, 1ª parte, do CPP), embora seja uma das condições para o exercício da ação penal, não é fundamento para o arquivamento do inquérito desde que, ao rejeitar a denúncia ou a queixa, em razão da falta dessa condição, o Juiz não determina o arquivamento, mas sim que se manifeste a parte legítima (Ministério Público), ou que se aguarde a manifestação da parte legítima (art. 19, do CPP), quando o Ministério Público oferece a denúncia em um caso de ação penal de iniciativa privada.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial**. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 18, n. 70, 1993. p. 49-50).

No texto de Fernando FOWLER as condições da ação penal são estudadas a partir do Projeto do Código de Processo Penal da lavra de Frederico Marques<sup>313</sup>.

---

Sobre a punibilidade concreta, mais adiante, pontua que ela diz com a hipótese do artigo 43, inciso II, do Código de Processo Penal, ou seja, com os casos em que não estiver extinta a punibilidade do agente. (COUTINHO, J. N. M. **A natureza...cit.**, p.50.).

<sup>312</sup> Antonio Acir BREDÁ, por sua vez, elenca as condições da ação a partir do artigo 43 e também a partir do artigo 18, do Código de Processo Penal. O autor explica por que não é demasiada, ao contrário do que entendia determinado setor da doutrina, a parte final do inciso III, do artigo 43 que, na sua íntegra, previa “for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”.

“O Código de Processo Penal trata das condições de forma negativa, isto é, como causa de rejeição da denúncia ou queixa (artigo 43 do Código de Processo Penal). Mas, como o próprio nome indica, são requisitos positivos para que seja possível o exercício da pretensão punitiva. Um estudo sistemático do artigo 43, em confronto com a norma do artigo 18 do Código de Processo Penal, indica a presença das seguintes condições (genéricas) da ação: a) um fato penalmente relevante, isto é, a ocorrência de um tipo penal objetivo (artigo 43, I); b) a punibilidade concreta desse fato (artigo 43, II); c) a legitimidade da parte (artigo 43, III).

A parte final do inciso III, do artigo 43, declara que a denúncia ou queixa será rejeitada quando: ‘... faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal’. Para a maioria da doutrina trata-se de uma demasia indesculpável o texto final desse inciso (cf. HÉLIO TORNAGHI, ‘Comentários ao Código de Processo Penal’, Forense, 1956, vol. I, tomo II, página 87). Em princípio parece injustificável que a norma fale em ilegitimidade de parte, como coisa diversa das condições exigidas para o exercício da ação penal. Pensamos, porém, que a norma não contém qualquer demasia. É que, além da tipicidade objetiva, da punibilidade concreta e da legitimidade, o Código de Processo Penal exige outra condição para o exercício da ação penal. Em todos os casos em que, oferecida a denúncia, ela será rejeitada (artigo 43 do Código de Processo Penal), a rigor o agente do Ministério Público deve pedir o arquivamento do inquérito policial, com exceção da falta de legitimidade, em que ele se abstém. Em outras palavras, o Ministério Público deve pedir o arquivamento do inquérito policial (ou de outros elementos de convicção) quando faltarem as condições da ação penal. Como há uma outra hipótese de arquivamento (artigo 18 do Código de Processo Penal), indubitavelmente, faltarão condições para o exercício da ação penal, nos casos em que o titular do *ius puniendi* pedir o arquivamento ‘por falta de base para a denúncia’. Estaríamos diante da chamada falta de justa causa para a acusação, isto é falta de prova do fato e de indícios de autoria, requisitos indispensáveis ao exercício da ação penal, uma vez que o processo penal não se compadece com a acusação fruto de mera elaboração mental. Com efeito, é impossível o exercício de qualquer pretensão punitiva, mesmo havendo prova do fato delituoso, na ausência de qualquer indício de quem tenha sido o seu autor. Em suma, a denúncia exercida com falta de base para acusação (idoneidade da pretensão) pode ser fruto de mera denúncia caluniosa, devendo, por isso mesmo, ser rejeitada.” (**Efeitos da declaração...cit.**, p. 96-97.).

<sup>313</sup> O Projeto de Frederico Marques (PL 633/1975) foi retirado de votação em agosto de 1978 sob a justificativa de que ele não estaria apto a fazer frente às questões da justiça criminal, pois estaria atrelado ao Projeto de Código Penal que foi revogado antes mesmo de sua vigência e porque sofreu inúmeras alterações que lhe afetaram a estrutura. Infere-se da mensagem 179, de 30/8/1978 enviada ao Senado Federal pelo Poder Executivo: “O desenvolvimento da sociedade brasileira na década de 70 resultou em problemas novos para a administração da Justiça Criminal, o que impôs a revogação do Código Penal de 1969, antes mesmo de sua entrada em vigor. Tornou-se, assim, inadequado o projeto em muitas de suas concepções, dada a sua relação com os postulados do Código Penal revogado. A incorporação do rol de emendas aprovadas pela Câmara afetou-lhe a estrutura sistemática. Finalmente, repercutiram nele as modificações introduzidas no sistema de penas pela Lei nº 6.416, de 24/5/1977, imposta ao legislador pela crescente pressão dos índices de criminalidade.” (Disponível no site: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=70407>. Acesso em 10/1/2015.)

Não obstante o foco do estudo ser o Projeto de Lei, as anotações do autor, porque não atreladas apenas ao projeto, serão aproveitadas nesta sede.

4.3.1.2.1 Tipicidade aparente (ou fato aparentemente criminoso<sup>314</sup> ou injusto aparente<sup>315</sup>).

Sobre a tipicidade em tese, Fernando FOWLER afirma que o fato descrito na imputação deve corresponder a um tipo penal:

A descrição de fato penalmente ilícito, na queixa ou denúncia (art. 227, III), constitui o que a doutrina elaborada no processo civil alcunha de 'possibilidade jurídica do pedido'. Sua razão de ser é por demais óbvia, principalmente no processo penal. Sem que o fato típico objeto da imputação tenha a aparência de delito definido na lei penal, impossível é que a acusação se revista de idoneidade para justificar a instauração de um processo. O fato constante da imputação deve ser certo e determinado, isto é, representativo de um trecho de realidade vivida, que guarde correspondência a um modelo abstrato cunhado na lei penal.<sup>316</sup>

Uma questão interessante sobre a tipicidade aparente como condição da ação diz com o argumento de que a verificação da tipicidade quando do juízo sobre a ação revolve a análise do mérito da causa e por isso não pode ser considerada condição da ação.<sup>317</sup> Trata-se de conclusão que, em parte, advém da transposição da possibilidade jurídica do pedido ao processo penal.

---

<sup>314</sup> A expressão é de Aury Celso Lima LOPES JÚNIOR. Para o autor esta condição da ação não diz apenas com a tipicidade em tese. Afirma que o revogado artigo 43, inciso I, do Código de Processo Penal não limitou a rejeição da denúncia apenas à evidência de atipicidade da conduta. Ao referir que inicial será rejeitada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, incluiu também os casos em que a ação deve ser rejeitada nas hipóteses de ausência manifesta de ilicitude e culpabilidade. Aduz que a acusação demonstre "verossimilhança da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade." (**Direito processual...cit.**, p. 375.).

<sup>315</sup> A expressão é Marco Aurélio Nunes da SILVEIRA e pretende abarcar como condição da ação a tipicidade e a ilicitude, ambas em tese (SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A ação processual penal entre política e Constituição**. Outra teoria para o direito processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 216-217).

<sup>316</sup> FOWLER, F. N. B. **Anotações em torno...cit.**, p. 91.

<sup>317</sup> Ada Pellegrini GRINOVER afirma que a doutrina do processo penal alude à tipicidade como condição da ação em razão de aferi-la do disposto no revogado artigo 43, inciso I, do Código de Processo Penal. Esta conclusão que Ada GRINOVER aduz ser o posicionamento da doutrina não é correta. Para a doutrina, a matéria afeita à tipicidade, no campo das condições da ação, refere-se à tipicidade aparente. Confirma-se o que diz a processualista:

"Com referência à possibilidade jurídica, no processo penal, tem se revelado que, enquanto no processo civil é possível pedir o provimento que a lei expressamente não proíba, no processo penal somente é viável o provimento condenatório que seja expressamente permitido.

Nos termos da concepção inicial de LIEBMAN, há possibilidade jurídica quando existir “a possibilidade para o juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor.”<sup>318</sup> Em correção a esta concepção, a doutrina propôs que esta condição fosse vislumbrada sob o prisma negativo: “o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício.”<sup>319</sup>

O problema da transposição desta condição da ação ao processo penal, nos termos do processo civil, é que “a possibilidade jurídica do pedido, examinada negativamente, tem íntima ligação com o mérito. Assim, se o juiz rejeita a denúncia, porque o fato narrado não constitui crime, decidiu o mérito.”<sup>320</sup>

A própria redação do inciso I do artigo 43 apontava neste sentido. Ao prever a rejeição da denúncia ou queixa quando “o fato narrado evidentemente não constituir crime” o artigo tratava da atipicidade manifesta. Com efeito, a matéria é de mérito.

---

No processo civil, portanto, a possibilidade jurídica se configuraria de forma negativa, enquanto no processo penal sua conceituação seria positiva, como previsão expressa no ordenamento jurídico do pedido condenatório.

Mas, quando a doutrina brasileira passa a enunciar os casos de possibilidade jurídica do pedido, no processo penal, refere-se expressamente ao artigo 43, itens I e II, do CPP:

‘Art. 43 – a denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – o fato narrado evidentemente não constituir crime, II – estiver extinta a punibilidade pela prescrição ou outra causa.’

Afirma-se que, se o fato narrado evidentemente não constitui crime (falta de tipicidade), ausente estaria a possibilidade jurídica do pedido. E, se extinta a punibilidade, também impossível seria o pedido.

Por essa razão, o juiz rejeitará a peça vestibular da ação penal, nos casos indicados, frente à ausência de uma das condições da ação: o pedido seria juridicamente impossível, quando o fato não pudesse ser subsumido em qualquer figura típica do nosso ordenamento ou quando extinta fosse a punibilidade, pela prescrição ou outro causa.

Da mesma forma que a extinção da punibilidade, a inadequação típica afastaria o exame do mérito da pretensão, visto que não existe o ‘*jus puniendi*’, e naquela, apesar de já ter existindo, se extinguiu, tornando inepta acusação.

Mas esta posição não nos parece aceitável. A tipicidade é evidentemente matéria de mérito, representa para o processo penal, a ‘*causa petendi*’, e se lhe aplicam as observações que já fizemos, genericamente, quanto à necessidade de desvincular uma pretensão condição da ação da existência do direito subjetivo afirmado pelo autor.

O aspecto da ‘*causa petendi*’ assume, no processo penal, colorido próprio e mais intenso, porque, em matéria criminal, a identificação da lide se faz exatamente com base na ‘*causa petendi*’. O pedido, na ação penal condenatória, é sempre o mesmo: a aplicação da uma pena. Resta, no plano objetivo, a ‘*causa petendi*’ para que se demarque a área de incidência da coisa julgada, para individualizar a ação, a acusação, a ‘*res in iudicium deducta*’.

A própria lei brasileira se incumbe de rotular a atipicidade como matéria de mérito, e não como possibilidade jurídica: se reconhecida afinal, a sentença que declare não constituir o fato infração penal, será inquestionavelmente sentença absolutória, de mérito, revestindo-se da autoridade da coisa julgada material (art. 386, item III, CPP).” (**Condições da ação...cit.**, p. 66-70).

<sup>318</sup> LIEBMAN, E. T. **O despacho...cit.**, p. 140.

<sup>319</sup> ARAGÃO, E. D. M. de. **Comentários ao Código...cit.**, p. 396.

<sup>320</sup> BREDA, Antonio Acir. **Sugestões ao novo código de processo penal**. *Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 4, 1974, p. 112.

Calha um exemplo: suponha-se que em determinado inquérito policial que apurou o delito de tráfico de drogas, o laudo definitivo de substância entorpecente ateste que a substância encontrada em poder do investigado não seja entorpecente. Suponha-se, também, que não obstante o resultado da perícia, o Ministério Público tenha oferecido denúncia. Cabe ao juiz rejeitá-la porque a conduta é evidentemente atípica. Falta ao caso um dos requisitos do crime, a tipicidade. Não havendo manifestamente a prática de crime, o juiz, ao rejeitar a denúncia, decidiu uma questão de mérito. Isso porque, a prova que atestaria a materialidade do delito constatou, de forma inequívoca, que não está presente um dos elementos do tipo objetivo (no caso do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, o elemento objetivo “drogas”)<sup>321</sup>. A atipicidade da conduta é inequívoca.

Com isso não se está a dizer que a tipicidade seja condição da ação. Esta é a questão que deve ser compreendida. Para a admissão da ação basta que a conduta descrita na imputação veicule, em tese, fato típico. Deve-se ter claro, portanto, que uma coisa “é o autor demonstrar que os fatos narrados na imputação têm, na aparência, credibilidade suficiente para serem considerados típicos”<sup>322</sup>. Esta é uma condição da ação que deve estar presente para a instauração do processo. De outro lado, caso a imputação traga conduta manifestamente atípica não cabe recebê-la, não só porque a conduta não é aparentemente típica, mas mais grave do que isto, porque está comprovada a sua atipicidade!

Ora, parece possível concluir então que quando a acusação contiver conduta atípica, por óbvio não há condição da ação e, pior, há prova contundente de que o fato sequer constitui crime. Assim, se não está presente o mais (a tipicidade), por óbvio não está presente o menos (a condição da ação).

Também é válido concluir que era correta a previsão do artigo 43, inciso I. Não havendo crime, a inicial não estaria a merecer acolhimento. Em vista disso, é possível dizer também que entre as questões que ensejam a rejeição da inicial,

---

<sup>321</sup> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

<sup>322</sup> COUTINHO, J. N. M. **A lide...cit.**, p. 147. Sobre a tipicidade relacionada à condição da ação e relacionada ao mérito, Marco Aurélio Nunes da SILVEIRA refere “o juízo de aparência aqui discutido tem uma dimensão probabilística, que não impede, ao final, após a instrução processual, que se profira sentença absolutória de mérito que repute atípica a conduta.” (**A ação processual...cit.**, p. 213.).

também estão questões de mérito, desde que elas estejam manifestamente comprovadas.

Em vista disto, salutar era a previsão do parágrafo único do artigo 43: “Nos casos do n. III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.”

Dito de outro modo: a rejeição da denúncia e da queixa por atipicidade manifesta e advento de causa extintiva da punibilidade impede exercício de nova ação penal. Veja-se que Ada Pellegrini GRINOVER reconhece que nestes casos há julgamento do mérito:

Assim, ainda que declarada por ocasião da apresentação da denúncia ou da queixa, ocasionando a sua rejeição (art. 43, I, CPP), a falta de tipicidade não deixará de configurar sentença de mérito: aliás o parágrafo único do art. 43 possibilita novo exercício do direito de ação, única e exclusivamente na hipótese do inciso III, do mesmo dispositivo. Não se refere, o parágrafo único, ao item I do artigo, demonstrando que rejeição da denúncia ou queixa, por atipicidade dos fatos narrados preclui a via judiciária e impossibilita novo exercício do direito de ação, porque a lide já foi solucionada pelo mérito.<sup>323</sup>

Sobre a atipicidade manifesta como causa de rejeição da denúncia e da queixa também entende Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO se estar diante de decisão de mérito: “Agora nada impede que o juiz, ao receber a inicial, penetre fundo na discussão da prova e decida pelo arquivamento do inquérito policial. Estaríamos diante de uma decisão de mérito, em que pese a jurisprudência assim não entender.”<sup>324 325</sup> Com razão. A rejeição da acusação por atipicidade da conduta é sim juízo de mérito e refere-se à matéria afeita ao direito penal.

Com a reforma processual de 2008, a conclusão de que questões de mérito também podem ensejar a rejeição da exordial pode parecer equivocada. É que a substituição do artigo 43 pelo artigo 395 excluiu a possibilidade expressa de rejeição

---

<sup>323</sup> GRINOVER, A. P. **Condições da ação.**, p. 70-71.

<sup>324</sup> COUTINHO, J. N. M. **A lide...cit.**, p. 145.

<sup>325</sup> Em outro texto, o autor reitera o seu posicionamento. Aduz: “quando, porém, o ato referido reconhecer que, sem dúvida razoável, o fato não é típica, ou que o fato é inexistente (a questão acaba sempre tratada em razão do art. 43, I, do CPP), ou que está extinta a punibilidade, não estaremos diante de uma verdadeira decisão de arquivamento, mas sim de uma decisão de mérito, que passa em julgado materialmente, impedindo o desarquivamento, seja como conclusão de processo cautelar (quando o MP requer o arquivamento), seja como julgamento antecipado de processo de conhecimento, se oferecida a denúncia ou a queixa.” (COUTINHO, J. N. M. **A natureza...cit.**, p. 56.).

da denúncia e da queixa sob o fundamento do fato narrado evidentemente não constituir crime (e, inclusive, excluiu a possibilidade, antes expressa, de rejeição da inicial quando já estiver extinta a punibilidade do acusado).

Contudo, o legislador previu a absolvição sumária para estes dois casos. É de se notar que a previsão do artigo 43, incisos I e II, do Código de Processo Penal foi alocada no artigo 397, incisos III e IV:

Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:  
I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato  
II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade;  
III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou  
IV - extinta a punibilidade do agente.

É curioso que no inciso III o legislador tenha mantido a expressão “que o fato narrado evidentemente não constitui crime” e, ao mesmo tempo, tenha consignado nos incisos I e II a absolvição sumária por outras circunstâncias que excluem o crime. Este registro do legislador reformador dá a entender que, de fato, a previsão do inciso I do artigo 43 apenas dizia com a tipicidade aparente, deixando de lado as outras circunstâncias que excluem o crime.

Ao trazer os incisos I e II do artigo 43 para o artigo 397 também é de se concluir que o legislador objetivava uma separação entre questões processuais – que seriam reconhecidas na fase do artigo 395 – e questões de mérito – que seriam passíveis de reconhecimento apenas na fase do artigo 397.

Considerando que a Comissão de Juristas que cunhou a reforma processual de 2008 era presidida por Ada Pellegrini GRINOVER não é de se estranhar o novo tratamento dado à antiga previsão do artigo 43.

Com efeito, GRINOVER, como se viu acima, já havia se debruçado em seu texto de 1977 sobre as condições da ação penal e concluiu ser possível a rejeição da denúncia e da queixa por decisão que veicula o mérito do caso, em razão da redação do artigo 43. Com a revogação do artigo 43 e a previsão do artigo 397, a Comissão separou a análise das questões prévias da análise das questões que

resolvem o mérito no nascedouro do procedimento, deixando as questões prévias para a fase do artigo 395 e as questões de mérito para a fase do artigo 397.<sup>326</sup>

Há, no entanto, dois problemas.

O primeiro está relacionado ao fato de que o artigo 395 limitou a improcedência da ação à ausência de condições da ação e pressupostos processuais. Excluiu a possibilidade da ação ser rejeitada por decisão de mérito, tal como permitia o artigo 43, inciso I e II. Esta limitação da Comissão Grinover indica que a improcedência da ação proíbe juízo de mérito e tal concepção implica um equívoco, conforme advertiu Marco Aurélio Nunes da SILVEIRA: “O erro está na associação entre improcedência da ação (falta das condições da ação) e proibição de juízo de mérito, que serve, quiçá, apenas para o direito processual civil.”<sup>327</sup>

O autor paranaense ressalta que se deve permitir que o juiz ingresse no mérito quando do juízo sobre a ação, a fim de que a acusação injusta seja eliminada pelo mérito:

Perceba-se, assim, que o oferecimento da acusação sempre impõe a alguém o constrangimento de tal imputação e, portanto, sendo injusto o constrangimento, impõe-se ao juiz, na condição de garante do cidadão e da Constituição, repara a injustiça pelo proferimento de decisão que restaure ao acusado sua dignidade, mesmo que isto signifique resolver o próprio mérito do caso em ‘desfavor’ da acusação.<sup>328</sup>

O segundo problema diz com o modelo de procedimento cunhado pela Comissão, com previsão do contraditório prévio, a absolvição sumária não chegaria a se concretizar, pois, uma vez que as circunstâncias que ensejam a absolvição sumária antes revelam a ausência de condição da ação, a denúncia ou queixa seria rejeitada antes de se chegar na fase do artigo 397.

---

<sup>326</sup> Esta preocupação da processualista revela também e mais uma vez a sua adesão à teoria de Enrico Tullio LIEBMAN. Isso porque, em trabalho intitulado “O despacho saneador e o julgamento do mérito”, LIEBMAN destacou a importância da separação das questões prévias e do mérito. Para o autor, as questões processuais “devem ser resolvidas e eliminadas antes que se passe a examinar o mérito” (**O despacho saneador...cit.**, p. 108). Não é por outro motivo que LIEBMAN conclui pela necessidade de uma fase destinada ao saneamento do feito. Esta questão será melhor explorada nesta sede quando da refutação do argumento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o recebimento da denúncia e da queixa se equiparam ao ato que ordena a citação do réu no processo civil. De qualquer sorte, vale consignar desde já que ao limitar o juízo sobre a ação às questões processuais, Ada sinaliza adesão à teoria de LIEBMAN no sentido de que se deve destinar, no curso do procedimento, uma fase exclusivamente à análise de matérias processuais.

<sup>327</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A ação processual...cit.**, p. 223.

<sup>328</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A ação processual...cit.**, p. 224.

Explica-se: no modelo que alberga o contraditório tem-se que oferecida a denúncia ou a queixa, pode o juiz rejeitá-la liminarmente; caso não a rejeite, o réu é citado para apresentar resposta a acusação. Apresentada a resposta, cabe ao juiz rejeitar ou receber a inicial. Se a rejeita, o faz por ausência de condição da ação ou pressuposto processual. Rejeitada a denúncia, arquiva-se o procedimento pré-processual, sem que se ingresse na análise do artigo 397.

Observe-se que neste modelo se, por exemplo, a denúncia veicula fato manifestamente atípico e o juiz não percebe a atipicidade liminarmente, mas somente com a alegação da defesa, cabe a ele rejeitar a denúncia por ausência de condição da ação. Poder-se-ia objetar esta solução, sob o argumento de que deveria o juiz receber a denúncia, mesmo sendo o fato evidentemente atípico, para que o acusado fosse absolvido sumariamente, pois esta decisão seria mais favorável a ele.

Ainda que a absolvição sumária possa se mostrar mais benéfica ao réu, a técnica processual não permite que se emita juízo positivo sobre a ação se a conduta é manifestamente atípica e esta circunstância assim se evidencia no exame da ação, seja ele liminar ou após a resposta do réu. Conforme se referiu anteriormente, se a conduta é atípica falta o mais (a tipicidade) e, por óbvio, o menos (a condição da ação, ou seja, a tipicidade aparente). Ausente a condição da ação, o juízo sobre esta deve ser negativo.

A questão que fica a ser resolvida é o fundamento da rejeição da denúncia. A reforma processual de 2008 extirpou das hipóteses de rejeição da denúncia a atipicidade manifesta. Com a reforma, admite-se a rejeição da denúncia e da queixa somente por questões de cunho processual (condições da ação e pressupostos processuais, conforme se infere do artigo 395). Assim, em razão da opção do legislador em limitar a rejeição da denúncia e da queixa às questões processuais, parece não haver outra possibilidade senão rejeitar a acusação por ausência de condição da ação, uma vez que a atipicidade manifesta não se afigura como hipótese de rejeição da denúncia. Melhor seria ter à mão a previsão do artigo 43, inciso I para que a questão fosse resolvida pelo mérito.

De outro lado, no modelo em que o contraditório prévio foi suprimido, a situação é a seguinte: oferecida a denúncia ou a queixa, cabe ao juiz proceder ao seu recebimento ou rejeição. No último caso, o juiz determina o arquivamento do inquérito ou das peças de informação. Se o juiz recebe a acusação, determina a

citação do acusado para a apresentação de resposta, após a qual poderá absolvê-lo sumariamente ou dar início a instrução do feito.

Com a supressão do contraditório prévio, as fases dos artigos 395 e 397 estão separadas pela resposta à acusação. É, então, possível que a inicial tenha sido recebida e que após a resposta à acusação, vislumbre-se cabível a absolvição sumária.

Disso se infere que no modelo cunhado pela Comissão Grinover, a absolvição sumária não se concretizaria, pois, antes dela, caso evidenciada uma das excludentes do crime ou da punibilidade concreta, a ação não seria recebida por ausência de condição. A absolvição sumária somente incidiria se suprimido o contraditório prévio, que, como se disse alhures, não era a reivindicação da Comissão.

#### 4.3.1.2.2 Punibilidade concreta

Ao tratar da punibilidade concreta, Fernando FOWLER bem aponta a impropriedade do interesse de agir no processo penal e pontua que a imputação deve veicular fato passível de punição:

Convém afirmar desde logo que inaproveitável para o nosso campo é o conceito que o processo civil elaborou em torno do interesse de agir. Não faria o mínimo sentido falar-se em processo penal que o interesse de agir repousaria na necessidade ou utilidade do ajuizamento da ação penal para a obtenção da prestação jurisdicional. A tal se contrapõe o caráter de indisponibilidade da ação penal pública e a inevitabilidade do processo como via para a imposição da pena.

Impõe-se, portanto, que se adote outro ponto de partida para a construção do instituto em foco. Este, parece-nos, deve ser atrelado à punibilidade, entendida esta não num plano normativo, mas no de sua concretização. Essa linha já possui precedente em nossa legislação atual, por força do art. 43, II, do C.P.P., pela qual se pode extrair a ilação de que toda vez que não estiver extinta a punibilidade do fato, surge o interesse do Estado em exercitar seu *jus accusationis*.<sup>329</sup>

Sobre o termo punibilidade concreta, leciona Marco Aurélio Nunes da SILVEIRA:

---

<sup>329</sup> FOWLER, F. N. B. **Anotações em torno...cit.**, p. 92.

Fala-se de uma punibilidade *concreta*, em oposição à ideia de *punibilidade abstrata*, consubstanciada na mera previsão legal de uma sanção à prática de um fato previsto como crime, em abstrato. Praticado um daqueles fatos-tipo, surge para o Estado a possibilidade de punir o agente, isto é, no tocante ao fato concreto, apresenta-se uma *punibilidade concreta*, ainda que limitada a um juízo probabilístico.<sup>330</sup>

A punibilidade concreta no processo penal diz com a possibilidade de se aplicar a pena ao acusado, caso ele seja condenado, ou seja, esta condição da ação relaciona-se à ausência de causas extintivas da punibilidade.

Muito do que se disse no tópico anterior pode ser aqui aproveitado. Isso porque, a extinção da punibilidade estava prevista no artigo 43, inciso II e a rejeição da acusação sob este fundamento implica juízo de mérito, pois tal categoria está relacionada à matéria de fundo e resolve questão afeita ao direito penal, assim como a hipótese do inciso I do artigo 43.

É importante observar que a punibilidade concreta pode assumir duas feições distintas, ora é condição da ação, ora é mérito.

A punibilidade concreta quando vislumbrada no exame da ação e sob o prisma da ausência de causa extintiva da punibilidade é condição da ação, porque traduz possibilidade de aplicação da pena em caso de condenação.

De outro lado, quando vislumbrada sob o prisma negativo, ou seja, quando constatado o advento de causa extintiva da punibilidade é questão de mérito. Daí por que correta era a previsão do artigo 43 e a conclusão de que a rejeição da denúncia, neste caso, constituía decisão mérito.

Com a reforma processual de 2008, preocupada em separar as questões de mérito das condições da ação, a Comissão Grinover alocou o artigo 43, inciso II no artigo 397, inciso IV. Com isso, incorreu no equívoco de dizer que a extinção da punibilidade enseja a absolvição sumária, confundindo assim duas categorias, que, embora relacionadas ao mérito, possuem consequências jurídicas distintas, consoante adverte Aury LOPES JUNIOR:<sup>331</sup>

Não podemos deixar de registrar a perplexidade em relação ao inciso IV, na medida em que constitui uma impropriedade 'absolver' o agente porque está extinta a punibilidade. Como 'absolver' porque o delito está prescrito? Ou

<sup>330</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A ação processual...cit.**, p. 217).

<sup>331</sup> LOPES JÚNIOR, A. C. L. **Direito processual...cit.**, p. 931.

absolver porque houve o pagamento integral do tributo devido, no delito de sonegação fiscal? No caso, a decisão correta é a declaratória de extinção da punibilidade e não 'absolvição'. Infelizmente, o legislador fez pouco caso das categorias do direito processual e misturou conceitos, de modo que, agora, o juiz irá declarar a extinção da punibilidade e absolver sumariamente o réu com base no art. 397, IV, do CPP.

A previsão do art. 397, inciso IV há que ser reparada. Não é possível admitir que a extinção da punibilidade seja equiparada à decisão de absolvição. Na decisão de extinção da punibilidade o julgador reconhece que o Estado perdeu o poder de punir e na decisão de absolvição o acusado é declarado inocente. São institutos diferentes, apesar de ambos formarem coisa julgada material.

De prevalecer o entendimento do legislador reformador, a extinção da punibilidade ora ensejaria a absolvição sumária, se reconhecida na fase do artigo 397, ora ensejaria emissão de decisão declaratória de extinção da punibilidade, a teor do artigo 61, do Código de Processo Penal.

O tratamento diferenciado para a mesma categoria não se revela adequado e deve ser reparado caso a caso, a fim de que a extinção da punibilidade apenas seja reconhecida por decisão que declara extinta a pretensão punitiva estatal.

#### 4.3.1.2.3 Legitimidade da parte

A legitimidade da parte como condição da ação penal decorre de previsão legal<sup>332</sup> e diz com a pertinência subjetiva do Ministério Público nas hipóteses de ação penal pública e do ofendido ou seu representante legal nas hipóteses de ação penal de iniciativa privada.

Sobre esta condição da ação, sustenta Fernando FOWLER que ela "dá margem à classificação dicotômica da ação penal pública e privada, levado em linha de conta o critério subjetivo do direito de agir."<sup>333</sup>

Questão a ser dirimida é se a legitimidade da parte como condição da ação está relacionada também à legitimidade passiva. Sobre esta questão, leciona Marco

---

<sup>332</sup> É o tipo penal que indica a titularidade da ação penal. Via de regra, a ação penal é pública. Se ela for pública condicionada à representação da vítima ou à requisição do Ministro da Justiça o tipo penal deve assim indicar. Se a ação penal for de iniciativa privada, tal informação também é depreendida do tipo penal. Por fim, se o tipo penal nada mencionar acerca da ação penal, é o caso de ação penal pública incondicionada.

<sup>333</sup> FOWLER, F N. B. **Anotações em torno...cit.**, p. 95.

Aurélio Nunes da SILVEIRA que legitimidade diz apenas com a titularidade da ação penal:

Note-se, ainda, que o problema da legitimidade passiva não pertence às condições à admissibilidade da acusação, a despeito da opinião de parte da doutrina. Mais do que isso, a tentativa de inserir a legitimidade passiva no juízo da acusação decorre da intenção de adequar a teoria processual civil à ação penal, num esforço de justificação da teoria geral do processo. Todavia, é de se perceber que, no juízo da acusação, “ainda não se sabe se o acusado é o autor do crime, o que só ocorrerá na sentença. A legitimidade passiva, portanto, poderia ser deduzida da situação concreta de direito material (como LIEBMAN pretende em relação ao direito processual civil). Antes, a possibilidade de submeter alguém ao processo penal decorre, meramente, da conclusão de que há indícios de autoria em seu desfavor, apurados em prévio procedimento de investigação preliminar.”<sup>334</sup>

Em sentido contrário, refere Aury LOPES JÚNIOR que a legitimidade passiva é condição da ação e “está relacionada com a autoria do delito”<sup>335</sup>. O autor esclarece que “o réu, pessoa contra a qual é exercida pretensão acusatória, deve ter integrado a situação jurídica de direito material que se estabeleceu com o delito (autor-vítima).”<sup>336</sup> Porém, adverte que não cabe no nascedouro do processo realizar “um juízo de certeza, mas sim de mera probabilidade, verossimilhança de autoria.”<sup>337</sup> Neste sentido, Vladimir STASIAK aduz que a legitimação passiva diz com os indícios da autoria do crime, “de maneira que a ação somente poderá ser proposta contra quem pesem os indícios de autoria.”<sup>338</sup>

A posição de Fernando FOWLER e de Marco Aurélio Nunes da SILVEIRA se revela mais apropriada ao processo penal caso se considere que o direito processual penal possui quatro condições da ação penal, sendo uma delas, a justa causa, reservada à verificação dos indícios de autoria. Neste caso, a legitimidade da parte seria matéria adstrita ao pólo ativo da ação penal.

De outro lado, caso se considere que a justa causa não é uma condição da ação autônoma, seria possível alocar os indícios de autoria na legitimidade da parte, sempre com a importante ressalva de que a sua constatação não demanda juízo de certeza acerca do sujeito ativo do crime, consoante alerta de Aury LOPES JÚNIOR.

---

<sup>334</sup> SILVEIRA, M. A. N. **A ação processual...cit.**, p. 218/219.

<sup>335</sup> LOPES JÚNIOR, A. C. L. **Direito processual...cit.**, p. 376.

<sup>336</sup> LOPES JÚNIOR, A. C. L. **Direito processual...cit.**, p. 376.

<sup>337</sup> LOPES JÚNIOR, A. C. L. **Direito processual...cit.**, p. 376.

<sup>338</sup> STASIAK, Vladimir. **As condições da ação penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 192.

Poder-se-ia, por fim, cogitar que os indícios de autoria seriam aferidos a partir do interesse de agir. Isso porque, consoante se verá a seguir, parte da doutrina equipara a justa causa ao interesse de agir no processo penal.

#### 4.3.1.2.4 Justa causa

Não é pacífico na doutrina que a justa causa possa ser considerada uma quarta condição da ação. Existem três posicionamentos sobre a questão. O primeiro é de que a justa causa é uma condição da ação autônoma e diz com o suporte probatório mínimo contido no inquérito policial ou nas peças de informação. O segundo é de que a justa causa é equiparada ao interesse de agir e este diz respeito ao acervo probatório colhido na fase pré-processual. O terceiro é de que justa causa não é uma condição da ação e sim revela a presença das outras três condições da ação.<sup>339</sup>

Em relação ao primeiro entendimento, é conhecida a lição de Afrânio Silva JARDIM que afirma ser a justa causa a quarta condição da ação penal. Para o autor, “torna-se necessário ao regular exercício da ação penal a demonstração, *prima facie*, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova.”<sup>340</sup> Tal suporte probatório, segundo o autor, “se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade.”<sup>341</sup>

José Frederico MARQUES, por sua vez, identifica a justa causa como interesse de agir e legítimo interesse e aplica as expressões como sinônimas. O autor afirma que a “ausência de interesse de agir torna inepta a acusação por faltar, em tal hipótese, justa causa para a *persecutio criminis*.”<sup>342</sup> Segundo ele, verifica-se a ausência de interesse de agir “se os fatos colhidos no inquérito, ou em outra investigação, não se mostrarem a possibilidade de apurar-se qualquer lesão a bens

---

<sup>339</sup> No sentido de que há divergência em torno da aceção de justa causa como condição da ação, aponta Leonardo Augusto Marinho MARQUES: “É certo que os juristas não conseguiram chegar ao consenso sobre o caráter definitivo do instituto. Não se definiu, ainda, se a justa causa é umas das condições da ação já conhecidas, especificamente o interesse de agir, se é condição autônoma do exercício do direito de ação ou se a ausência de qualquer uma das condições é que levaria à falta de justa causa.” (**Da justa causa...cit.**, p. 30.).

<sup>340</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 100-101.

<sup>341</sup> JARDIM, A. S. **Direito processual...cit.**, p. 101.

<sup>342</sup> MARQUES, J. F. **Elementos de direito... cit.**, p. 162.

jurídicos penalmente tutelados.”<sup>343</sup> Frederico MARQUES conclui seu raciocínio afirmando que a acusação deve “originar-se de suspeita fundada e razoável. Do contrário, inepta será a denúncia por ausência de justa causa e legítimo interesse do Estado em acusar.”<sup>344</sup>

O terceiro posicionamento, expressado por José Barcelos de SOUZA, é de que a justa causa não constitui condição da ação. Para o autor, a expressão justa causa é válida para exprimir a ausência de qualquer condição da ação. O raciocínio é no sentido de que “faltando uma das condições para o exercício regular da ação, falta justa causa para o processo”<sup>345</sup> e, neste caso, “a falta de justa causa torna possível o uso do *writ (habeas corpus)* como meio de impugnação processual”<sup>346</sup>, com fundamento no artigo 648, inciso I, do Código de Processo Penal. O autor pontua que nos casos “em que a peça acusatória se divorciou às inteiras dos elementos em que buscou fundamento, evidenciando-se desde logo a falta de justa causa, derivada de equívoco, erro, descuido ou abuso, pode o juiz, proclamando-a rejeitar a denúncia ou queixa”<sup>347</sup>.

Independente de qual dos três posicionamentos se adote, há consenso na doutrina no sentido de que a ação penal, para ser recebida, deve possuir ressonância na prova do inquérito ou nas peças de informação.

Em termos de legislação processual penal, com a reforma de 2008 previu-se expressamente que a justa causa deve ser analisada quando do controle de admissibilidade da ação penal. Chama a atenção o fato de que a reforma destacou a justa causa das demais condições da ação, ao consigná-la no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, ao passo que as demais condições da ação estão previstas genericamente no inciso II do artigo 395.

Antes da reforma, a justa causa como condição da ação era extraída da conjugação do artigo 43, inciso III e do artigo 18<sup>348</sup>, ambos do Código de Processo Penal. A redação do artigo 43 indicava a existência de outra condição a ser

---

<sup>343</sup> Id. *Ibid.*

<sup>344</sup> Id. *Ibid.*

<sup>345</sup> SOUZA, Jose Barcelos de. **Teoria e prática da ação penal**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 137.

<sup>346</sup> SOUZA, J. B. **Teoria e prática...cit.**, p. 138.

<sup>347</sup> SOUZA, J. B. **Teoria e prática...cit.**, p. 139-140.

<sup>348</sup> O artigo 18 do Código de Processo Penal dispõe: Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

verificada por ocasião do controle da admissibilidade da ação penal. A doutrina inferiu esta condição do artigo 18 do Código de Processo Penal. Neste sentido, Antonio Acir BREDA, ao comentar a segunda parte do artigo 43, inciso III, afirma:

Em princípio parece injustificável que a norma fale em ilegitimidade de parte, como coisa diversa das condições exigidas para o exercício da ação penal. Pensamos, porém, que a norma não contém qualquer demasia. É que, além da tipicidade objetiva, da punibilidade concreta e da legitimidade, o Código de Processo Penal exige outra condição para o exercício da ação. Em todos os casos, em que oferecida a denúncia, ela será rejeitada (artigo 43 do Código de Processo Penal), a rigor o agente do Ministério Público deve pedir o arquivamento do inquérito policial, com exceção da falta de legitimidade, em que ele se abstém. Em outras palavras, o Ministério Público deve pedir o arquivamento do inquérito policial (e de outros elementos de convicção) quando faltarem as condições exigidas para o exercício da ação penal. Como há uma outra hipótese de arquivamento (artigo 18 do Código de Processo Penal), indubitavelmente, faltará condição para o exercício da ação penal, nos casos que o titular do *ius puniendi* pedir o arquivamento por “falta de base para a denúncia”. Estaríamos diante da chamada falta de justa causa para a acusação, isto é, falta de prova do fato e de indícios de autoria, requisitos indispensáveis ao exercício da ação penal, uma vez que o processo penal não se compadece com a acusação fruto de mera elaboração mental.<sup>349</sup>

Com a revogação do artigo 43, o legislador deu especial destaque à justa causa, ao prevê-la expressamente no inciso III, do artigo 395. Não se sabe por que razão a justa causa recebeu este tratamento destacado, pois independente de qual das três acepções da justa causa se adote, a previsão do inciso II, do artigo 395, já era suficiente.

Antonio Acir BREDA adverte que o destaque do inciso III do artigo 395 é mais uma das impropriedades da reforma processual de 2008: “A sucessão de equívocos continua ao se mencionar que juiz deve rejeitar a acusação quando ‘faltar condição para o exercício da ação penal’ ou ‘justa causa para o exercício da ação penal’ (art. 395, parte final do inciso II e inciso III, do CPP).”<sup>350</sup>

Não obstante o destaque feito pelo legislador e independente de qual dos três posicionamentos se adote em relação à justa causa, o que se não pode perder vista é a exigência de que a ação penal deve estar lastreada em elementos que, em juízo de probabilidade, amparem a imputação.

<sup>349</sup> BREDA, A. A. **Efeitos da declaração...cit.**, p. 97.

<sup>350</sup> BREDA, A. A. **A reforma...cit.**, p. 8.

A propósito, a importância da ação penal estar acompanhada de um suporte mínimo de elementos que a ampare pode ser constatada pelo número de arquivamentos de inquéritos policiais por ausência de suporte probatório mínimo para lastrear a acusação.

O Ministério Público do Estado do Paraná em *software* adquirido para fins estáticos – trata-se do *software business intelligence* – coleta esse tipo de dado. O *software* faz análise global dos inquéritos policiais em andamento e encerrados. Em relação aos inquéritos concluídos, o *software* distingue quais foram denunciados e quais foram arquivados.

Para ilustrar a importância da justa causa como filtro a evitar acusações infundadas, destacam-se a seguir alguns dados disponíveis no *business intelligence* em relação ao Estado do Paraná e algumas de suas cidades.

No ano de 2014, no Estado do Paraná, foram remetidos ao Ministério Público 93.704 inquéritos policiais concluídos. Deste total, o Ministério Público ofereceu denúncia em relação a 50.233 inquéritos. Os demais, 43.471, foram arquivados. Dos inquéritos policiais arquivados, 63,95% foram arquivados por ausência de justa causa.

No mesmo ano, no Estado do Paraná, foram instaurados 62.961 inquéritos policiais<sup>351</sup>. Deste total, 6.547 foram arquivados e 28.262 foram denunciados. Dos inquéritos policiais arquivados, 73,96% foram arquivados por ausência de justa causa<sup>352</sup>.

No mesmo ano, na cidade de Curitiba, foram instaurados 9.676 inquéritos policiais. Deste total, 468 foram arquivados e 3.935 casos foram denunciados. Os demais estão em aberto. Dos inquéritos arquivados, 90,60% foram arquivados por ausência de justa causa. No mesmo ano e cidade, 11.334 inquéritos concluídos foram remetidos para o Ministério Público. Deste total, foram arquivados 5.539 – quase a metade dos inquéritos remetidos ao Ministério Público –, dos quais 61,57% inquéritos foram arquivados por ausência de justa causa para a ação penal.

---

<sup>351</sup> Vale esclarecer que o número de inquéritos policiais instaurados não corresponde ao número de crimes praticados. Não são todas as notícias de crime que ensejam a instauração de inquéritos policiais, bem como não são todos os crimes que chegam ao conhecimento da autoridade policial.

<sup>352</sup> O *software business intelligence* distingue os outros motivos de arquivamento. São eles: prescrição, decadência, morte do investigado, retratação nos crimes praticados no âmbito da Lei Maria da Penha e o que o *software* denomina “outros.”

No mesmo ano, na cidade de Foz do Iguaçu, foram instaurados 5.945 inquéritos. Deste total, 2.378 foram arquivados e 1.933 casos foram denunciados. Os demais estão em aberto. De se notar que o número de arquivamentos superou o número de denúncias oferecidas. Dos inquéritos arquivados, 66,53%, dizem com a ausência de justa causa para o oferecimento da ação penal. No mesmo ano e cidade, 4.311 inquéritos concluídos foram remetidos para o Ministério Público. Deste total, foram arquivados 2.378, dos quais 66,53% inquéritos foram arquivados por ausência de justa causa para a ação penal.

No mesmo ano, na cidade de Londrina, foram instaurados 2.245 inquéritos. Deste total, 149 foram arquivados, 928 casos foram denunciados. Os demais estão em aberto. Dos inquéritos policiais arquivados, 74,50%, foram arquivados por ausência de justa causa. No mesmo ano e cidade, 3.631 inquéritos concluídos foram remetidos para o Ministério Público. Deste total, foram arquivados 1.507, dos quais 68,61% inquéritos foram arquivados por ausência de justa causa para a ação penal.

No mesmo ano, na cidade de São José dos Pinhais, foram instaurados 1.003 inquéritos. Deste total, 151 foram arquivados, 442 casos foram denunciados. Os demais estão em aberto. Dos inquéritos policiais arquivados, 72,85%, foram arquivados por ausência de justa causa. No mesmo ano e cidade, 3.468 inquéritos concluídos foram remetidos para o Ministério Público. Deste total, foram arquivados 2.405 – mais da metade –, dos quais 69,34% inquéritos foram arquivados por ausência de justa causa para a ação penal.

No mesmo ano, na cidade de Maringá, foram instaurados 2.846 inquéritos. Deste total, 162 foram arquivados, 1.025 casos foram denunciados. Os demais estão em aberto. Dos inquéritos policiais arquivados, 74,70%, foram arquivados por ausência de justa causa. No mesmo ano e cidade, 3.109 inquéritos concluídos foram remetidos para o Ministério Público. Deste total, foram arquivados 1.392 – mais da metade –, dos quais 64,08% inquéritos foram arquivados por ausência de justa causa para a ação penal.

Dos dados acima colhidos, é de observar o expressivo número de inquéritos policiais que são arquivados no âmbito do Estado do Paraná e que muitos deles são arquivados em razão de ausência de justa causa para a ação penal.

Neste contexto, bem se vê a importância desta condição da ação penal, que se mostra como verdadeiro filtro a evitar a deflagração de procedimentos penais desprovidos de amparo probatório mínimo. Eliminada a exigência de demonstração da idoneidade da acusação em dados concretos, muitas ações penais, sem visos de viabilidade, seriam ajuizadas, as quais, se recebidas, instaurariam processo penais infundados.

4.3.3.3 O conteúdo do juízo de admissibilidade da ação penal como indicativo de que o ato é decisório e o argumento de que a sua motivação ensejaria o pré-julgamento do caso.

De todo o exposto acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação, não há como negar o caráter decisório do recebimento da denúncia e da queixa.

O juízo sobre a ação implica necessariamente uma tomada de decisão, notadamente no que toca à justa causa, à tipicidade aparente (ou fato aparentemente criminoso) e à punibilidade concreta, porque nestes casos exige-se a valoração dos elementos apurados na fase pré-processual. É aqui que reside o argumento de que a motivação do recebimento da denúncia e da queixa enseja a formação de um pré-julgamento do mérito da causa.

No que diz respeito aos pressupostos processuais, a decisão a ser tomada quando do controle da admissibilidade da ação, está relacionada aos aspectos formais da acusação (cumprimento dos requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal).<sup>353</sup> Caso se admita o contraditório prévio ao recebimento da inicial, o rol dos pressupostos processuais a serem analisados passa a ser, além da regularidade formal da acusação, a regularidade da citação, a intervenção da defesa e a originalidade da causa.<sup>354</sup> A constatação da ausência de competência ou jurisdição não implicam decisão sobre a ação, mas sim remessa dos autos ao órgão jurisdicional competente.<sup>355</sup> Por sua vez, a legitimidade ativa, por decorrer de

---

<sup>353</sup> BREDA, A. A. **A reforma...cit.**, p. 7.

<sup>354</sup> BREDA, A. A. **A reforma...cit.**, p. 8.

<sup>355</sup> BREDA, A. A. **A reforma...cit.**, p. 7.

previsão legal, demanda simples juízo de verificação se o autor da ação corresponde à previsão do tipo penal.

É a decisão em relação à presença da justa causa, da tipicidade aparente e da punibilidade concreta que poderia ensejar a formação de um juízo antecipado acerca do fato e seu autor. Isso porque a verificação de tais condições da ação exige que o juiz estude os elementos colhidos na fase pré-processual.

É preciso verificar se há indícios de autoria e materialidade do delito, bem como se há aparência de que a conduta imputada ao acusado seja típica, ilícita e culpável. É preciso verificar, também, se o fato descrito na denúncia corresponde à capitulação feita pela acusação e se não foi alcançado por causa extintiva da punibilidade, como, por exemplo, a prescrição.

A apreciação de tais elementos é nitidamente decisória. Trata-se da valoração daquilo que foi apurado na investigação para se concluir se há ou não suporte mínimo para embasar a acusação.

Nem o Supremo Tribunal Federal nega caráter decisório do juízo de admissibilidade da ação<sup>356</sup>, a questão que fica a ser dirimida é se a valoração das condições da ação dá azo ao pré-julgamento do mérito do caso penal. Neste ponto, cabe indagar:

A apreciação dos elementos apurados na investigação implica análise da matéria de fundo? Qual a diferença da decisão a ser proferida após a instrução processual e quando do controle da denúncia e da queixa?

O mérito discutido no curso do processo penal diz com a materialidade e a autoria do crime, bem como com a prática de conduta criminosa. Para prolatar sentença penal condenatória, cabe ao julgador avaliar se as provas carreadas nos autos permitem aferir em grau de certeza a existência do crime e a sua prática pelo acusado, bem como se permitem concluir pela presença inequívoca dos elementos que constituem o crime. O desfecho condenatório demanda sempre juízo de certeza.

De outro lado, muito embora os elementos a serem apreciados no juízo de admissibilidade também estejam relacionados à materialidade, autoria e a prática de conduta criminosa, nesta fase, a procedência da ação não demanda certeza acerca

---

<sup>356</sup> Conforme exposto alhures, desde o julgamento do *Habeas Corpus* nº 38.833, datado de 29/11/1961, tem-se que o ato que recebe a denúncia e a queixa é decisório.

desses elementos. Trata-se de um juízo de aparência que não impede que ao final seja prolatada sentença absolutória, consoante adverte Marco Aurélio Nunes da SILVEIRA, ao tratar da tipicidade aparente: “O juízo de aparência aqui discutido tem uma dimensão probabilística, que não impede, ao final, após a instrução processual, que se profira sentença absolutória de mérito que repute atípica a conduta.”<sup>357</sup>

A diferença entre o que se busca para receber a acusação (aparência criminosa e indícios de autoria e materialidade) e para a prolação da sentença condenatória (certeza da autoria, materialidade e prática de crime) revela que não é possível colocar essas duas decisões em um mesmo patamar, pois o objeto de tais decisões é distinto. Em uma, o juiz deve se limitar a um juízo probabilístico; na outra, é preciso extrair dos autos a certeza exigida para a condenação, pois a dúvida enseja a absolvição do acusado.

Pois bem, tecida esta diferença, vale questionar agora se a valoração dos elementos da investigação produz no juiz um julgamento prévio acerca do caso penal.

A decisão sobre as condições da ação não deve conduzir a um juízo antecipado sobre a hipótese formulada pela acusação.

Porém, não se pode olvidar que isso pode acontecer.

Sendo assim, importante que o juiz tenha em mente que nesta fase inicial o seu convencimento é provisório e que as condições da ação revelam mera aparência da prática de um crime e da sua autoria. É salutar que ele se dê conta de que, não obstante essa aparência inicial, ela pode não se confirmar durante a instrução processual e isso conduz à absolvição do réu.

É importante, portanto, que o juiz saiba que a hipótese apresentada pela acusação e que sobressai da investigação somente autoriza a condenação se, durante a instrução processual e sob o crivo do contraditório, for reconstruída de forma inequívoca. Por sinal, este é o sentido de existir uma fase reservada à instrução e que dela participem a acusação e a defesa.<sup>358</sup>

---

<sup>357</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A ação processual...cit.**, p. 213.

<sup>358</sup> Leciona Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO que a instrução processual, através da produção da prova, “constitui a convicção do juiz sobre o caso concreto” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito**. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, a. 4, n. 14, 2004, p. 79.). Aduz: “Falar em

Em vista a evitar a contaminação psíquica do julgador com os autos de investigação, a doutrina aponta uma sugestão interessante.

Trata-se de outorgar o controle da admissibilidade da ação penal a juiz diverso daquele que atua na etapa processual. Tal incumbência caberia ao juiz das garantias<sup>359</sup>, figura prevista no Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal, que objetiva a reforma global do Código de Processo Penal.

É curioso que, a despeito de ter previsto o juiz das garantias, o projeto não lhe tenha entregado a promoção do juízo de admissibilidade da acusação. Ao comentar a proposta de alteração legislativa, Marco Aurélio Nunes da SILVEIRA pontua que a atuação do juiz de garantias deveria compreender o exame da ação penal:

O item III da Exposição de Motivos, ao tratar do juiz das garantias, afirma que uma de suas funções é manter o juiz do processo distante da prova produzida na fase da investigação preliminar: “O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende a duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação’.

Nada obstante, considerando-se que o juízo de admissibilidade da acusação será feito pelo próprio juiz do processo – o que significa que ele terá contato com os autos da investigação preliminar –, forçoso é concluir que tal objetivo não será atingido. Seguirá o juiz do processo tendo seu

---

processo, todavia, é, antes de tudo, falar a atividade cognitiva: a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão (mais preciso seria dizer Poder, com o peso que o substantivo tem) de dizer o direito no caso concreto, com o escopo (da sua parte) pacificador, razão por que precisamos da *coisa julgada*. Por isso, intermedeia, do seu conhecimento do caso concreto (notio, cognitio) à sentença (não esquecer, jamais, que, do latim, a palavra decorre de sentire, gerúndio sentiendo, só para que se não pense em ‘máquinas judicantes’), *um conjunto de atos preordenados a um fim*. Ora, tais atos (e o radical continua latino e em *actio*), tomando em conta aquele escopo, têm, por evidente, o fim de sanar a ignorância, razão pela qual se vai falar em *instrução* (do latim *instructione*), no nosso caso, processual, e, para os antigos (no processo penal), criminal, embora o crime, por elementar seja mais conteúdo do que objeto, este identificado com o processo e aquele com o caso penal.” (COUTINHO, J. N. M. **Glosas ao Verdade...cit.**, p. 79-80.).

<sup>359</sup> A figura do juiz das garantias no processo penal brasileiro está prevista no artigo 14, de Projeto de Lei 156, de 2009 e lhe cabe, segundo o disposto no referido artigo, “o controle da legalidade da investigação criminal e salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do poder judiciário”. Sobre o juiz das garantias, conceitua Rubens Roberto Rebello CASARA: “Por ‘juiz das garantias’ entende-se o ator jurídico criado pela Reforma do Código de Processo Penal que passa ser responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela das liberdades públicas, ou seja, das inviolabilidades pessoais/liberdades individuais frente à opressão estatal, na fase pré-processual.” (CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Juiz das garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão**. *O novo processo penal à luz da Constituição*.Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 169-170.).

primeiro contato com o caso penal a partir de provas produzidas sem contraditório e ampla defesa. Afastamo-nos, assim, da possibilidade de concretização da estrutura acusatória. Ideal teria sido a adoção de sistemática análoga à prevista, antes da unificação da legislação processual promovida por Getúlio Vargas, no Código do Processo Penal para o Distrito Federal (aprovado pelo Decreto 16.751, de 31 de dezembro de 1924, assinado pelo então Presidente da República, Arthur da Silva Bernardes), em que o juiz que promove o juízo de admissibilidade da acusação não realiza a instrução e o julgamento do caso penal, e o juiz do processo não tem acesso ao inquérito policial.<sup>360</sup>

No mesmo sentido, aduz Rubens Roberto Rebello CASARA:

No artigo 16 do Projeto, afirma-se que a competência do juiz das garantias cessa com a propositura da ação penal. Em atenção ao princípio acusatório, o ideal seria que essa cessação só se desse após o juízo de admissibilidade da acusação, que, para se comprovar a seriedade da imputação (justa causa), exige que o órgão judicial conheça de elementos de convicção produzidos, em regra, unilateralmente pelo Estado-Administração. Ao valorar elementos inquisitoriais, produzidos e finalisticamente dirigidos ao órgão acusador, o juiz que irá julgar o caso penal (“juiz do processo”) comprometerá sua imparcialidade.<sup>361</sup>

A atuação de um magistrado no exame da ação impedido de atuar no processo penal, sem dúvida, é interessante, pois contribui sobremaneira para evitar a possibilidade de pré-julgamento do caso penal, que, como se disse, pode acontecer.

Contudo, a mera sucessão de magistrados na persecução penal pode não ser suficiente se, após o recebimento da denúncia e da queixa, os autos de investigação permanecerem anexados no processo para serem, eventualmente, consultados pelo magistrado da etapa processual. Daí por que a exclusão física dos autos da investigação dos autos do processo penal torna-se importante.<sup>362</sup> A exclusão física dos autos de investigação não impediria, porém, que fossem mantidas no processo as provas insuscetíveis de reprodução na fase processual, como as provas técnicas e as irrepetíveis.

---

<sup>360</sup> SILVEIRA, M. A. N. **Notas sobre...cit.**, p. 191-192.

<sup>361</sup> CASARA, R. R. R. **Juiz das garantias...cit.**, p. 175-176.

<sup>362</sup> Neste sentido, sugere Aury Celso Lima LOPES JÚNIOR: A originalidade é alcançada, principalmente, porque se impede que todos os atos da investigação preliminar sejam transmitidos ao processo – exclusão de peças –, de modo que os elementos de convencimento são obtidos da prova produzida em juízo. Com isso, evita-se a contaminação e garante-se que a valoração probatória recaia exclusivamente sobre aqueles atos praticados na fase processual e com todas as garantias. (**Direito processual...cit.**, . p. 340.).

São providências interessantes e apontam um caminho para solução da complexa questão da contaminação psíquica oriunda do contato do juiz com os elementos da investigação.

Sem embargo, enquanto tais providências não são incorporadas na prática processual penal brasileira – e talvez não venham a ser, haja vista que não foram contempladas no Projeto de alteração global do Código de Processo Penal – é de se repisar que o julgamento da ação penal implica tão somente juízo de aparência sobre o fato e a sua autoria e que a sentença penal condenatória exige que tal aparência seja confirmada de forma inequívoca em juízo.

Por fim, de se levar adiante o argumento do Supremo Tribunal Federal de que as decisões judiciais prolatadas no inquérito também conduziram ao pré-julgamento do caso penal e por isso dispensariam motivação.

Sim, porque, por força do artigo 75, parágrafo único, do Código de Processo Penal<sup>363</sup>, as decisões anteriores à ação penal tornam o órgão jurisdicional preventivo.

A atuação do juiz no inquérito policial está relacionada a atos que também podem ensejar o acerto prévio do caso penal. É o caso, por exemplo, da análise da regularidade da prisão em flagrante e sua conversão em prisão preventiva.

Ora, ao analisar se estão presentes a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria<sup>364</sup>, não estaria o juiz também suscetível de pré-julgar o caso penal? Por óbvio que sim! E, não obstante esta possibilidade, a motivação para o decreto prisional é exigida, sob pena de nulidade da decisão.

Sobre a invalidade do decreto prisional quando ausente sua fundamentação, de se destacar o entendimento do Ministro Celso de Mello:

"HABEAS CORPUS" - PRISÃO PREVENTIVA - DECISÃO FUNDAMENTADA - MOTIVAÇÃO CONVINCENTE, COM BASE EM

<sup>363</sup> A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente.

Parágrafo único. A distribuição realizada para o efeito da concessão de fiança ou da decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirá a da ação penal.

<sup>364</sup> O artigo 312 do Código de Processo Penal que dispõe sobre a prisão preventiva exige a valoração da prova da existência do crime e de indício da sua autoria para a decretação da medida, *verbis*: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria

FATOS CONCRETOS - PRISÃO CAUTELAR - PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES - DECRETAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR CONSTRITIVA DA LIBERDADE INDIVIDUAL - POSSIBILIDADE - PEDIDO INDEFERIDO. PRISÃO PREVENTIVA - CARÁTER EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual, não obstante o caráter excepcional de que se reveste, pode efetivar-se, mesmo tratando-se de réu primário e de bons antecedentes (RTJ 99/651 - RTJ 121/601 - RTJ 169/1030), desde que o ato judicial que a formalize tenha fundamentação substancial, com base em elementos concretos e reais que se ajustem aos pressupostos formais de decretabilidade da prisão preventiva. Uma vez comprovada a materialidade dos fatos delituosos e constatada a existência de indícios suficientes de autoria, nada impede a válida decretação, pelo Poder Judiciário, dessa modalidade de prisão cautelar, sempre que ocorrente motivo de real necessidade que justifique a adoção dessa medida excepcional. Doutrina e jurisprudência. A FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUI PRESSUPOSTO DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS. - A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes.<sup>365</sup>

É curioso que o mesmo Ministro que nega a fundamentação do recebimento da ação penal diga, com especial destaque na ementa: “a fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais.” E conclua que a inobservância do dever constitucional de motivação “afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial.”

A explicação para esta discrepância no entendimento do Ministro Celso de Mello possivelmente seja o fato de que o dever de motivação do decreto de prisão preventiva está expressamente previsto no Código de Processo Penal.<sup>366</sup>

No que toca o dever de motivação do recebimento da denúncia e da queixa, urge que o Supremo Tribunal Federal interprete o Código de Processo Penal à luz da Constituição e não ao contrário. A supremacia é sempre da Constituição. Se a legislação infraconstitucional é omissa ou contrária ao texto constitucional, é ela que deve ser interpretada conforme a Constituição e não o contrário.

---

<sup>365</sup> Trata-se do *Habeas Corpus* nº 80892, julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, publicado em 23/11/2007, cuja relatoria coube ao Ministro Celso de Mello.

<sup>366</sup> Dispõe o artigo 315 do diploma processual penal: A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

4.3.2 Dos argumentos de poder ser implícita a admissão da ação e não estar o ato alcançado pelo disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição.

Dispõe o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República:

Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, em que pese seja o recebimento da ação penal ato decisório, ele não está contemplado pela previsão do dever de motivação previsto no artigo 93, inciso IX. Os Ministros da Corte não explicam por quê.

Porém, de todo o exposto em relação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal desde a primeira metade do século passado até os dias de hoje, é possível dizer a interpretação jurisprudencial do artigo 567, do Código de Processo Penal serviu como base para que a Corte concluísse que o recebimento da denúncia e da queixa dispensa motivação.

No que diz respeito ao artigo 567, o Tribunal consolidou o entendimento de que o recebimento da denúncia e da queixa quando emitido por juiz incompetente não é abarcado pela nulidade prevista no artigo. A preocupação de alguns Ministros, consoante se viu acima, era a de que a nulidade acarretaria a prescrição do crime ou a ilegalidade da prisão processual, daí por que o ato deveria ser considerado válido. Com o advento da Constituição de 1988, a Corte passou a dizer que a ausência de motivação do recebimento da denúncia e da queixa não é abarcada pela nulidade prevista no artigo 93, inciso IX, da Constituição.

A interpretação da Corte sobre os artigos 567, do Código de Processo Penal e 93, inciso IX, da Constituição é bastante similar, daí por que é possível afirmar que a Corte “emprestou” a interpretação anterior ao texto constitucional de 1988 para firmar o seu entendimento em relação à dispensa de fundamentação.

É curioso que, a despeito de uma nova Constituição, na qual conste o dever de motivação à *todas* decisões judiciais, o Tribunal tenha se apegado a um entendimento anterior à ordem constitucional democrática, ignorando a importante reforma processual operada em 88.

Não é de se estranhar que o embasamento doutrinário do Tribunal remonte às obras escritas antes da Constituição de 1988. Os principais autores utilizados são Eduardo ESPÍNOLA FILHO, Florêncio de ABREU e José Frederico MARQUES.

São autores que operam o processo penal desvinculado do ordenamento constitucional de 1988 e que justamente por isso deveriam ser rechaçados pela Suprema Corte. Não obstante, é desta doutrina, descomprometida com a Constituição, que os Ministros se valem para negar a garantia do artigo 93, inciso IX.

Com esta base doutrinária, o Tribunal qualifica o recebimento da denúncia e da queixa como despacho ordinatório<sup>367</sup> ou como decisão interlocutória simples<sup>368</sup> e conclui ser dispensável a motivação. Celso de MELLO, principal Ministro a trabalhar a questão no âmbito Supremo Tribunal Federal, ao citar estes autores, conclui que “o ato de recebimento da denúncia não veicula manifestação decisória do Poder

---

<sup>367</sup> Neste sentido é o magistério de José Frederico MARQUES: “O ajuizamento da denúncia processa-se através do despacho com que o juiz a recebe para que dê início ao procedimento penal contra o acusado. Trata-se de despacho ordinatório ou de expediente, cuja finalidade precípua é a de mandar citar o réu”. (**Elementos de Direito...cit.**, p. 156.). Mais adiante, completa: “O controle sobre a denúncia, no despacho liminar, é previsto, como se viu, no art. 43 do Código de Processo Penal. Isso mostra, que apesar de seu conteúdo precipuamente ordinatório, o recebimento da denúncia contém, implícito, um juízo de admissibilidade.” (**Elementos de Direito...cit.**, p. 157.).

<sup>368</sup> Eduardo ESPÍNOLA FILHO ao comentar a classificação das decisões interlocutórias simples e mixtas, aponta que o recebimento da denúncia é decisão interlocutória simples. Aduz: “A interlocutória pode limitar-se à solução do incidente, sem ferir o fundo da causa principal, embora, não raro, tenho o juiz de, para isso, entrar no exame da essência dessa; então, diz-se interlocutória – simples, mais se lhe atribuindo o caráter de despacho do que o de sentença. É uma interlocutória simples o recebimento da queixa, ou da denúncia, pois que o juiz, examinando se estão satisfeitos os requisitos legais, determina a movimentação inicial do processo, sem qualquer deliberação sobre o mérito. Mas, a solução da questão incidente pode de tal modo penetrar o âmago da causa principal, que a sua decisão interessa à solução final, a qual vem a ficar prejudicada, se o incidente é julgado procedente. A técnica do processo encara, então, a interlocutória como mixta, e isso indica ter a decisão aspecto de despacho e de sentença, também se falando em interlocutória com força de definitiva, para significar que, assim, houve a decisão final antecipada.” (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. v. 4. 5ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 44-45.). Mais adiante, conclui: “Muita vez, na solução de ponto incidente, dependerá, da orientação dada pelo juiz, ser a decisão uma interlocutória simples, ou mixta; assim é que o recebimento da denúncia ou queixa não é uma decisão interlocutória mixta: com este último caráter se apresenta, porém, a rejeição de uma ou de outra.” (ESPÍNOLA FILHO, E. **Código de processo...cit.**, p. 46.).

Judiciário, qualificando-se, antes, como simples despacho de caráter ordinatório ou de natureza simplesmente interlocutória.”<sup>369</sup> Aduz:

o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público submete-se, após sua formalização, a estrito controle jurisdicional, que se traduz, concretamente, num despacho liminar positivo (recebimento da denúncia) ou num despacho liminar negativo (rejeição da peça acusatória).<sup>370</sup>

A existência da classificação dos atos judiciais em despacho e decisão interlocutória pode ser aferida do artigo 800, do Código de Processo Penal:

Os juízes singulares darão seus despachos e decisões dentro dos prazos seguintes, quando outros não estiverem estabelecidos:

- I - de dez dias, se a decisão for definitiva, ou interlocutória mista;
- II - de cinco dias, se for interlocutória simples;
- III – de um dia, se se tratar de despacho de expediente.

O legislador classifica os atos jurisdicionais a partir da distinção entre decisões e despachos de expediente. No campo das decisões, o Código divide os atos em decisões interlocutórias e definitivas. As decisões interlocutórias se subdividem em simples<sup>371</sup> ou mistas<sup>372</sup>. Já as decisões definitivas são condenatórias

---

<sup>369</sup> *Habeas Corpus* nº 70.763-7 e no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 107.066, ambos explorados amiúde em tópico supra.

<sup>370</sup> *Habeas Corpus* nº 68.926 também explorado amiúde em tópico supra.

<sup>371</sup> Sobre este tipo de decisão, leciona Fernando da Costa TOURINHO FILHO: “As interlocutórias simples, no Processo Penal, apresentam um *plus* em relação aos despachos de expediente. É que, às vezes, o pronunciamento do Juiz não apresenta a simplicidade de um despacho de mera movimentação do processo. há algumas questões emergentes relativas à sua regularidade ou marcha que exigem maior exame, e as decisões pertinentes a tais questões são denominadas decisões interlocutórias simples. Assim, quando o Juiz recebe a denúncia ou queixa, quando decreta a prisão preventiva ou indefere pedido formulado com tal objetivo, quando desacolhe alegação de ilegitimidade da parte etc., está ele a proferir decisões interlocutórias simples.” (**Processo penal...cit.**, p. 333-334.).

<sup>372</sup> As decisões interlocutórias mistas, também chamadas de decisões com força de definitivas, segundo ensinamento de TOURINHO FILHO, “são aquelas que encerram a relação processual sem julgamento de mérito ou, então põem termo a uma etapa do procedimento. Quando a decisão interlocutória mista trancar a relação processual sem resolução do mérito, fala-se em interlocutória mista terminativa. Exemplos: a decisão que acolhe a exceção da coisa julgada, a que acolhe exceção de litispendência, a que rejeita a denúncia ou queixa, a que julga ausente condição de procedibilidade. Quando ela não jugula, não impede o fluir da relação processual, apenas pondo a fim uma fase do procedimento, fala-se em decisão interlocutória mista não terminativa, de que é exemplo marcante a decisão de pronúncia.” (**Processo penal...cit.**, p. 334.).

Sobre a diferença das decisões interlocutórias mistas das interlocutórias simples, aduz Eugenio Pacelli de OLIVEIRA: “As interlocutórias simples resolvem questões processuais e não extinguem o processo, enquanto as interlocutórias mistas extinguirão ou o processo, ou uma determinada fase procedimental, como ocorre também na decisão de rejeição da denúncia (art. 395, CPP), na qual se põe termo ao processo.” (**Curso de direito...cit.**, p. 519.).

ou absolutórias ou definitivas em sentido lato<sup>373</sup>. Os despachos são ditos de expediente.

Por óbvio, o recebimento da ação não é despacho de expediente. O próprio Frederico MARQUES, defensor desta qualificação, admite que “o controle da denúncia contém implícito um juízo de admissibilidade e que esse juízo decorre do exame de três espécies de condições ou pressupostos: a) regularidade formal da denúncia; b) viabilidade da relação processual; c) viabilidade do direito de ação.”<sup>374</sup> Ora se o controle da denúncia e da queixa demanda a análise das condições da ação e dos pressupostos processuais, conforme admite o autor e conforme exposto no tópico anterior, não há como negar que este ato é decisório.

A atual doutrina concebe o recebimento da denúncia e da queixa como decisão interlocutória. Infere-se da lição de Eugenio Pacelli de OLIVEIRA que ela é simples:

A regra é que as decisões interlocutórias simples sejam irrecorríveis, não ocorrendo, precisamente por isso, preclusão das vias impugnativas de tais decisões, razão pela qual elas podem ser rediscutidas por ocasião do recurso de apelação. Dependendo de suas consequências jurídicas, poderão ser objeto até mesmo de ações autônomas como o *habeas corpus* e o mandado de segurança (cabível também em matéria criminal, como veremos), como é o caso da decisão de recebimento da denúncia ou queixa e do indeferimento de habilitação do assistente, respectivamente.<sup>375</sup>

Aury LOPES JÚNIOR e Alexandre Morais da ROSA entendem que o ato constitui decisão interlocutória mista, pois ele encerra a fase pré-processual e esta característica de encerramento de fase processual é das interlocutórias consideradas mistas:

---

<sup>373</sup> As decisões definitivas em sentido *lato*, também denominadas decisões terminativas de mérito, são, segundo TOURINHO FILHO: “São aquelas que encerram a relação processual, julgam o mérito, mas não se subsumem na moldura das sentenças absolutórias ou condenatórias de que tratam os arts. 386 e 387, do CPP. Não são, segundo nosso diploma processual, nem absolutórias nem condenatórias. Certo que muitas delas podem ser consideradas sentenças verdadeiramente absolutórias. Entretanto, como na linguagem do nosso estatuto processual penal sentenças absolutórias são apenas aquelas que se fundam numa das causas elencadas no art. 386, não se pode chamá-las absolutórias. Exemplos: a decisão que reconhece a ausência de condição objetiva de punibilidade, a que declara extinta a medida de segurança pelo decurso do tempo, a que resolve o incidente referido no parágrafo 1º do art. 120 do CPP etc.” (**Processo penal...cit.**, p. 335-336.).

<sup>374</sup> FREDERICO, J. F. **Elementos de Direito...cit.**, p. 157.

<sup>375</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de direito...cit.**, p. 518. Neste mesmo sentido, por exemplo, expõe Denilson FEITOZA. Afirma o autor que: “interlocutórias simples: são aquelas que resolvem questões processuais controvertidas no curso do processo, sem extingui-lo. Por exemplo: decretação da prisão preventiva; rejeição das exceções de coisa julgada, litispendência e ilegitimidade de parte, recebimento da denúncia ou queixa etc.” (**Direito processual...cit.**, p. 696.).

A questão é: precisamos repensar a “natureza jurídica” da decisão recebe a denúncia ou queixa, para superar o reducionismo pré-constituição, no sentido de que se trata de mero despacho ou decisão interlocutória simples. Estamos diante de uma decisão interlocutória mista, que tem um caráter decisório relevante e que estabelece uma nova situação jurídica muito mais grave para o sujeito. Encerra-se a fase pré-processual e inicia-se o processo com admissão da acusação.<sup>376</sup>

Ainda que a doutrina divirja sobre a qualificação do ato – neste ponto, vale a advertência de Eugenio Pacelli de OLIVEIRA, no sentido de que “nenhuma classificação dos atos processuais está a cavaleiro da crítica, em razão das exceções às regras que poderão ser elaboradas”<sup>377</sup> – se decisão interlocutória simples ou mista, é importante se ter claro que se não se trata de despacho de expediente e muito menos de ato que pode estar implícito no processo! O juízo sobre a ação é um ato decisório, seja para receber ou rejeitar a acusação, e em ambos sentidos deve ser motivado.

Outra objeção que se pode direcionar contra o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é que ele garante e procede à motivação do recebimento da denúncia e da queixa para alguns acusados em detrimento de outros.

São os casos dos acusados que possuem prerrogativa de função, pois para eles a exigência de fundamentação decorre de previsão infraconstitucional e é atendida pela Corte.

A Lei nº 8038/90 que, entre outras providências, institui o procedimento penal aplicado àqueles que possuem prerrogativa de função, prevê uma sessão de julgamento destinada à deliberação sobre a viabilidade da ação penal.<sup>378</sup>

Neste procedimento, após oferecida a ação penal, notifica-se o acusado para responder à acusação no prazo de 15 dias. Apresentada a manifestação da defesa, designa-se sessão de julgamento, na qual é facultada a sustentação oral, para deliberação acerca da ação.<sup>379</sup>

---

<sup>376</sup> LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima; ROSA, Alexandre Morais. **Quando o acusado é VIP, o recebimento da denúncia é motivado.** Disponível no sítio eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-14/limite-penal-quando-acusado-vip-recebimento-denuncia-motivado>. Acesso em: 15.11.2014.

<sup>377</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de direito...cit.**, p. 519.

<sup>378</sup> Esta lei é aplicada no âmbito dos Tribunais de Justiça estaduais e federais, por força da Lei 8658/93.

<sup>379</sup> Infere-se do texto legal:

Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal fundamenta o recebimento da denúncia. A título de ilustração, citam-se os seguintes julgados: Inquérito nº 3412, de relatoria da Ministra Rosa Weber, de 12/11/2012, Inquérito nº 2245, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, de 9/11/2007 e Inquérito nº 1769, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, de 3/6/2005. As decisões são proporcionalmente extensas à complexidade dos casos: 125, 1144 e 61 páginas respectivamente.

Vale transcrever a ementa de uma decisão de recebimento da denúncia no âmbito do Supremo Tribunal Federal, cuja relatoria coube a Ministra Rosa Weber:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. DENÚNCIA OFERECIDA. ART. 89, DA LEI 8.666/93. ART. 41 DO CPP. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. TIPICIDADE DOS FATOS. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. RECEBIMENTO.

1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato mínimo probatório que autorize a deflagração da ação penal contra o denunciado, levando em consideração o preenchimento dos requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal, não incidindo qualquer uma das hipóteses do art. 395, do mesmo diploma legal. 2. De acordo com o direito brasileiro, a denúncia deve conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado (ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo), a classificação do crime e, quando for o caso, o rol de testemunhas (CPP, art. 41). Tais exigências se fundamentam na necessidade de precisar, com acuidade, os limites da imputação, não apenas autorizando o exercício da ampla defesa, como também viabilizando a aplicação da lei penal pelo órgão julgador. 3. A verificação acerca da narração de fato típico, antijurídico e culpável, da inexistência de causa de extinção da punibilidade e da presença das condições exigidas pela lei para o exercício da ação penal (aí incluída a justa causa), revela-se fundamental para o juízo de admissibilidade de deflagração da ação penal, em qualquer hipótese, mas guarda tratamento mais rigoroso em se tratando de crimes de competência originária do Supremo Tribunal Federal. 4. Registro que a denúncia somente pode ser

---

Artigo 4º - Apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias. \_

§ 1º - Com a notificação, serão entregues ao acusado cópia da denúncia ou da queixa, do despacho do relator e dos documentos por este indicados.

§ 2º - Se desconhecido o paradeiro do acusado, ou se este criar dificuldades para que o oficial cumpra a diligência, proceder-se-á a sua notificação por edital, contendo o teor resumido da acusação, para que compareça ao Tribunal, em cinco dias, onde terá vista dos autos pelo prazo de quinze dias, a fim de apresentar a resposta prevista neste artigo.

Artigo 5º - Se, com a resposta, forem apresentados novos documentos, será intimada a parte contrária para sobre eles se manifestar, no prazo de cinco dias.

Parágrafo único - Na ação penal de iniciativa privada, será ouvido, em igual prazo, o Ministério Público.

Artigo 6º - A seguir, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas.

§ 1º - No julgamento de que trata este artigo, será facultada sustentação oral pelo prazo de quinze minutos, primeiro à acusação, depois à defesa.

§ 2º - Encerrados os debates, o Tribunal passará a deliberar, determinando o Presidente as pessoas que poderão permanecer no recinto, observado o disposto no inciso II do art. 12 desta lei.

rejeitada quando a imputação se referir a fato atípico certo e delimitado, apreciável desde logo, sem necessidade de produção de qualquer meio de prova, eis que o juízo é de cognição imediata, incidente, acerca da correspondência do fato à norma jurídica, partindo-se do pressuposto de sua veracidade, tal como narrado na peça acusatória. (...) 7. Há substrato fático-probatório suficiente para o início e desenvolvimento da ação penal pública de forma legítima. 8. Denúncia recebida. (sem grifos no original).<sup>380</sup>

De se destacar que a Relatora do caso, Ministra Rosa Weber ressalta a importância de se verificar a presença das condições da ação penal no juízo de admissibilidade da ação, mas afirma que o controle deve ser mais rigoroso nos casos de prerrogativa de função, daí por que se lhe exige fundamentação.

A Ministra, no corpo do voto, justifica seu posicionamento:

Em se tratando de crimes de originária, maior ainda o cuidado no tocante ao juízo de prelibação, porquanto já foi analisada a defesa preliminar do acusado, oportunizando-se a este todo um amplo leque de alegações e argumentos.

Também não se olvide que no processo penal a ser instaurado, em hipótese de condenação ao término da ação, não haverá o reexame da matéria por órgão de instância superior.

Diante disso, é que se realiza a verificação da viabilidade, em tese, da imputação penal de maneira bem mais pormenorizada, pois sabe-se que normalmente o acusado representa, por força de seu mandato na grande maioria das vezes, centenas de milhares de cidadãos.

Como se vê, o que garante fundamentação nesses casos, segundo a Ministra, é: a manifestação prévia da defesa, a ausência de reexame da matéria em grau recursal e o exercício de mandato eletivo.

Quanto ao primeiro argumento, parece claro que se se permitir a defesa prévia exige-se do juízo de admissibilidade da ação penal fundamentação em relação ao que disse a defesa. É que para rejeitar as teses defensivas é preciso fundamentar por que a acusação merece ser recebida e, de outro lado, para rejeitá-la é preciso apontar as suas falhas. Mas quanto a este último ponto, rejeição da denúncia, ninguém lhe retira o dever de fundamentação.

Como se disse, ao finalizar o capítulo anterior, o exercício do contraditório prévio e a fundamentação das decisões judiciais estão em relação de mútua complementariedade. Daí a importância em se permitir a resposta à acusação

---

<sup>380</sup> Trata-se da ementa constante no Inquérito nº 3016, cuja relatoria coube a Ministra Rosa Weber e cuja publicação data de 17/2/2011.

prévia. Ela iria impor – como faz no procedimento da competência originária – a fundamentação do recebimento da acusação.

Quanto ao segundo argumento – restrição de instância recursal – é conhecido o problema da supressão dos recursos àqueles que têm prerrogativa de função, sobretudo em razão da supressão da apelação, que é o recurso, por excelência, em que se discute a matéria de fato contida no caderno processual.

Este argumento, no entanto, não pode ser invocado para desmerecer a garantia da fundamentação das decisões em relação aos demais acusados. Se há um problema a ser resolvido em relação ao procedimento da prerrogativa de função, ele deve ser trabalhado neste âmbito.

Por fim, o terceiro argumento – o fato do denunciado exercer mandato eletivo e, por isso, fazer jus à fundamentação – revela um olhar diferenciado para este tipo de acusado. São os acusados “VIPs”, segundo Alexandre Morais da ROSA e Aury LOPES JÚNIOR, que recebem da Corte Constitucional um *status* distinto, com outorga de garantia não concedida aos demais réus. Alertam os autores:

Não estamos condenando a fundamentação do STF nos casos de ações originárias, até porque sempre defendemos, mesmo que minimamente, a análise das causas justificadoras da instauração de qualquer ação penal. Só não conseguimos entender é o tratamento diferenciado dado pelo próprio STF quando se trata de processo originário (VIP) e processo não originário (do resto). Afinal de contas, em ambos os casos, não se deveria exigir que os magistrados dissessem os motivos justificadores da instauração da ação penal? Dois pesos e duas medidas, diria o ditado popular. Pelo que se apresenta, então, continuaremos, quando não for acusado VIP: Recebo a denúncia. Cite-se. As razões são omitidas, implícitas e violadoras de qualquer democracia minimamente séria.<sup>381</sup>

Na esteira do trecho transcrito, vale dizer que se não está aqui a condenar a fundamentação do juízo positivo sobre a ação previsto no procedimento da Lei nº 8.038/90. O inconformismo aqui exposto diz com a distinção no tratamento dos acusados aplicada e chancelada pelo Supremo Tribunal Federal. A fundamentação do recebimento da denúncia é importante e imprescindível para todo acusado, seja ele quem for.

Por fim, considerando o entendimento pacífico no âmbito do Tribunal, de que o recebimento da acusação não é considerado decisão para efeito da aplicação

---

<sup>381</sup> LOPES JÚNIOR, A. C. L.; ROSA, A. M. **Quando o acusado...cit.** acesso em: 15.11.2014.

do disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição, é de se cogitar (infelizmente!) que, enquanto o legislador ordinário não exigir expressamente a fundamentação, a Suprema Corte vai a continuar a validar o juízo positivo da ação desmotivado.

A questão poderia ter sido resolvida no projeto do novo Código de Processo Penal. Infelizmente não foi, conforme alerta Marco Aurélio Nunes da SILVEIRA:

Importantíssima omissão no texto do anteprojeto diz com a motivação da decisão que recebe a denúncia. Apesar de que a fundamentação do juízo de admissibilidade da acusação não pode escapar do comando constitucional que exige fundamentação das decisões judiciais, a exigência expressa de motivação da decisão no texto do Código, impediria o recurso aos argumentos ainda hoje utilizados – inclusive pelo STF – para descumprir esta garantia constitucional. Com efeito, em relação à motivação fático-jurídica da decisão judicial que recebe a denúncia ou a queixa, o Supremo Tribunal Federal entende tratar-se de aplicação do art. 93, IX, da Constituição da República que exige a motivação de todas as decisões em processo administrativo ou judicial. A interpretação da Corte Suprema, apesar dos quase vinte anos de Constituição democrática, esbarra na constatação mais evidente que qualquer estudo teórico, sobre o tema, proporciona: a decisão sobre a admissibilidade da acusação tem por conteúdo decisório as “condições da ação penal”, seja para afirmar sua presença ou ausência.<sup>382</sup>

O recebimento da inicial acusatória está prevista no artigo 274, do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal:

Estando presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, o juiz receberá a acusação e, não sendo o caso de absolvição sumária ou de extinção da punibilidade, designará dia e hora para a instrução ou seu início em audiência, a ser realizada no prazo máximo de 90 (noventa dias), determinando a intimação do órgão do Ministério Público, do defensor ou procurador e das testemunhas que deverão ser ouvidas.

O projeto deveria ter consignado expressamente o dever de motivação do ato. Dizer que a acusação será recebida quando presentes as condições da ação e os pressupostos processuais não é suficiente e ainda deixa espaço para a ausência de fundamentação.

É preciso que as razões do magistrado venham a lume e, ao que tudo indica, somente a exigência expressa da motivação do ato pode resolver a questão, uma vez que a Constituição, por si só, aos olhos da jurisprudência da Corte Constitucional não é suficiente.

---

<sup>382</sup> SILVEIRA, M. A. N. **Notas sobre...cit.**, p. 192.

#### 4.3.3 Do argumento de que o ato é irrecurável e por isso não exige motivação

No que diz respeito ao argumento de que a irrecurabilidade indica ser o recebimento da denúncia e da queixa insuscetível de motivação, é de se observar, na esteira do que asseverou o Ministro Xavier de Albuquerque<sup>383</sup>, que ser irrecurável não autoriza a conclusão automática de que o ato seja despacho ou que prescindir de motivação.

Com efeito, existem decisões no processo penal que não possuem meios de impugnação previstos na legislação e nem por isso deixam de ser consideradas decisões.

É o caso, por exemplo, da decisão que admite ou indefere a produção de prova. Não cabe recurso em sentido estrito, tampouco apelação. A parte pode suscitar a questão quando interpuser apelo da sentença penal absolutória ou condenatória, mas não há recurso específico em relação à decisão que aprecia o requerimento de produção da prova. Sem embargo, o ato não perde seu caráter decisório por ser irrecurável.

Outro exemplo é a decisão que defere o pedido de prisão preventiva. A legislação apenas prevê recurso para o indeferimento do pedido (artigo 581, inciso V, do Código de Processo Penal<sup>384</sup>). À míngua de recurso, a defesa lança mão do *Habeas Corpus* ou do pedido de revogação do decreto prisional, porém estes mecanismos de impugnação não são modalidades recursais. Nem por isso o ato perde seu caráter decisório.

Conforme consigna Adilson Prudente do AMARAL FILHO, como não possui recurso próprio, o juízo de admissibilidade da ação é desafiado por *Habeas Corpus* e, por óbvio, para impugnar o ato é salutar conhecer seus fundamentos, do contrário prejudica-se o exercício da defesa. Nas suas palavras:

---

<sup>383</sup> Recurso Extraordinário nº 74.297.

<sup>384</sup> Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

V – que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir o requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante.

Nos termos do art. 93, IX, da Carta Magna, todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Ora, se o ato que recebe a denúncia é decisão, ainda que interlocutória simples, a sua fundamentação não é apenas desejável, mas indispensável.

Além disso, garantindo-se a todos, inclusive aos réus, no processo penal, a ampla defesa, é corolário desta a fundamentação do ato que possa vir a ser impugnado, pois a dificuldade que existe em defender-se de algo que não se conhece conduz, na verdade, a uma quase impossibilidade de defesa.

Pouco importa que o sistema não preveja recurso próprio. Viável a utilização do *habeas corpus*, tem o réu o direito inafastável de conhecer os fundamentos do ato que ameaça a sua liberdade de ir e vir, até para poder elaborar sua impetração. Obrigar o impetrante a adivinhar as razões do recebimento da denúncia ou queixa, ficando no aguardo da mirabolante surpresa que poderá vir nas informações da autoridade apontada como coatora, é algo incompatível com a segurança jurídica e com a garantia constitucional da ampla defesa.<sup>385</sup>

O *Habeas Corpus* como mecanismo para impugnar o recebimento da acusação é fundamentado na conjugação do artigo 647 com o artigo 648, inciso I, ambos do Código de Processo Penal.<sup>386</sup>

Em estudo sobre o emprego da expressão *justa causa* no direito processual penal, Leonardo Augusto Marinho MARQUES afirma que a previsão do artigo 648, I, do Código de Processo Penal deu azo à impetração de *habeas corpus* para trancar processos penais sob o fundamento de coação processual ilegal:

Finalmente, encontra-se a expressão *justa causa* como uma das hipóteses de coação ilegal que fundamentam a concessão de ordem de *habeas corpus* (artigo 648, I, do Código de Processo Penal e artigo 647, c, do Código de Processo Penal Militar).

O legislador limitou-se a dizer que a coação será ilegal quando não houver *justa causa*, não esclarecendo o seu significado. Prevaleceu a ideia de que, havendo *justa causa*, a coação é suportada pelo Direito, e que na sua ausência ela é ilegal.

Ocorre que vários *habeas corpus* foram impetrados com o pedido de trancamento da ação penal, forçando os tribunais a se manifestar sobre a legalidade da acusação. Como a maior parte desses *habeas corpus* traziam como fundamento a atipicidade da conduta, inúmeras ordens foram concedidas. Como reflexo dessa realidade, consolidou-se, na jurisprudência, o entendimento de que, não havendo *justa causa*, o processo penal, assim como a prisão, produzem coação ilegal contra a liberdade de locomoção.

Atribuiu-se à expressão a finalidade de demonstrar que a acusação procede de fato justo e que o réu não está sofrendo coação ilegal em sua liberdade locomoção.<sup>387</sup>

<sup>385</sup> AMARAL FILHO. Adilson Prudente do. **O recebimento da denúncia e a necessidade de sua fundamentação.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. a. 7, n. 25, mar., 1999. p. 312.

<sup>386</sup> Artigo. 647. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

Artigo. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver *justa causa*.

(...)  
<sup>387</sup> MARQUES, L. A. M. **Da justa causa...cit.**, p. 20-21.

Veja-se que a ausência de previsão de mecanismo específico contra o recebimento da denúncia e da queixa não impede a impugnação do ato. Coube ao *Habeas Corpus* exercer tal papel.

Como se vê, o critério da recorribilidade ou irrecorribilidade dos provimentos judiciais não é idôneo para, a partir dele, aferir a qualificação do ato e assim verificar a necessidade de fundamentação, pois, como se viu, à míngua de recurso próprio, os atos processuais são impugnados – justamente porque são decisões! – por outras vias.

4.3.4 Do argumento de que o recebimento da denúncia e da queixa equipara-se ao despacho que ordena a citação do réu no processo civil.

No que diz respeito à equiparação do exame da ação penal ao despacho que ordena a citação do réu no processo civil, há que se compreender primeiro o que se passa na esfera cível a fim de verificar se é procedente a equiparação com o exame da ação penal e se, de fato, ao decidir sobre a inicial civil, o juiz está limitado a determinar o chamamento do réu ao processo.

Assim como o processo penal, o procedimento na esfera cível é comum ou especial. O procedimento comum cível divide-se em procedimento ordinário e sumário. O procedimento ordinário está previsto no artigo 282 e seguintes, do Código de Processo Civil e é aplicado subsidiariamente aos demais procedimentos.<sup>388</sup>

No capítulo do Código de Processo Civil onde estão dispostas as regras do procedimento comum ordinário, o artigo 295 prevê as causas de indeferimento liminar da petição inicial:

A petição inicial será indeferida:  
I - quando for inepta;  
II - quando a parte for manifestamente ilegítima;  
III - quando o autor carecer de interesse processual;

---

<sup>388</sup> Artigo. 272. O procedimento comum é ordinário ou sumário.

Parágrafo único. O procedimento especial e o procedimento sumário regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário.

IV - quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição (art. 219, § 5º);

V - quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal;

VI - quando não atendidas as prescrições dos arts. 39, parágrafo único, primeira parte, e 284.

Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:

I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;

II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

III - o pedido for juridicamente impossível;

IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.

De se notar que o deferimento da inicial demanda um juízo de verificação dos requisitos, a *contrario sensu*, fixados no artigo transcrito. Em vista disso, não é correto dizer que no processo civil ao “receber” a inicial, o juiz se limita a ordenar a citação do réu. Ainda que ele não consigne expressamente a ausência das hipóteses previstas no artigo 295, há um juízo de admissibilidade da ação, consistente em verificar se estão ou não presentes alguma das circunstâncias arroladas no referido artigo.

Deferida a inicial e apresentada a resposta do réu, o Código, exceto se houver conciliação, abre a fase de saneamento do feito para que o juiz fixe os pontos controvertidos e resolva eventuais questões processuais pendentes:

Artigo 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º<sup>389 390</sup>

---

<sup>389</sup> O Projeto de Lei 166 de 2010 que objetiva a reforma global do Código de Processo Civil prevê uma seção específica para o saneamento e a organização do processo e, inclusive, utiliza a expressão “decisão de saneamento”. Dispõe o artigo. 354:

Não ocorrendo qualquer das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 370;

IV – delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V – designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

O despacho saneador, portanto, ao separar as questões prévias da análise do mérito da causa, entrega o mérito à instrução livre de obstáculos:

O legislador (brasileiro e português) pôs à disposição do juiz um instrumento dos mais eficazes para separar o exame de todas as questões processuais do conhecimento do mérito e para colocar a fase principal do processo sobre bases

---

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de cinco dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV; se homologada, a delimitação vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes. Nesta oportunidade, o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

§ 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a quinze dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

§ 5º Na hipótese do § 3º, as partes já devem trazer, para a audiência ali prevista, o respectivo rol de testemunhas.

§ 6º O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a dez, sendo três, no máximo, para a prova de cada fato.

§ 7º O juiz poderá limitar o número de testemunhas em consideração à complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados.

§ 8º Caso tenha sido determinada a produção da prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 462 e, se possível, estabelecer, de logo, calendário para sua realização.

§ 9º As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de uma hora entre as audiências.

<sup>390</sup> Enrico Tullio LIEBMAN, em trabalho intitulado “O despacho saneador e o julgamento do mérito”, destaca a importância da previsão de uma etapa do procedimento destinada a resolver questões processuais antes de dar início “ao conhecimento do mérito da controvérsia”:

A atividade do juiz para instruir e examinar a controvérsia submetida a julgamento será tanto mais eficiente quanto menos sua atenção e sua serenidade forem desviadas pela necessidade de resolver dúvidas que podem ser levantadas a respeito da regularidade e validade do próprio processo. Por outro lado, o princípio da economia processual aconselha que estas dúvidas sejam todas resolvidas e eliminadas antes que se passe a examinar o mérito, para evitar o perigo de gastar tempo e trabalho num processo que poderá depois resultar invalidamente instaurado, inutilizando-se assim os atos porventura já realizados. Razões várias tornam, pois conveniente assegurar, tanto quanto possível, que não se dê início ao conhecimento do mérito da controvérsia senão depois de abrir e desembaraçar o caminho por meio de depuração, do saneamento do processo, isto é, pela eliminação de todas as falhas, defeitos ou dúvidas que poderiam invalidá-lo. (**O despacho saneador e o julgamento do mérito**. In: Estudos sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 108).

Galeno LACERDA, na obra “Despacho saneador”, aduz que as questões resolvidas no despacho saneador dizem respeito às condições da ação e dos pressupostos processuais:

“Podemos conceituar o despacho como a decisão proferida logo após a fase postulatória, na qual o juiz examinando a legitimidade da relação processual, nega ou admite a continuação do processo ou da ação, dispondo, se necessário, sobre a correção de vícios sanáveis.

Como ato de decisão, possui cunho declaratório e volitivo. Tem por objeto matéria que exige pronunciamento de ofício, mas poderá versar também questões provocadas pela parte. De ofício, deverá o juiz investigar se coexistem as condições da ação e os pressupostos processuais que admitam exame oficioso, e ordenar o suprimento de nulidades sanáveis e irregularidades. Mediante solicitação da parte, além destas questões, poderá julgar outras relativas ao processo e também ao mérito.” (GALENO, Lacerda. **Despacho saneador**. 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990, p. 7-8.).

sólidas e firmes. Não é exagero dizer que da boa utilização deste instrumento depende em grande parte o eficiente funcionamento do processo civil.”<sup>391</sup>

O processo penal não possui fase específica para o saneamento após a manifestação da defesa. Uma vez recebida a denúncia, apresentada a resposta à acusação e não sendo o caso de absolvição sumária, inicia-se a fase instrutória. A resolução de questões prévias é realizada no exame da ação.

Esta diferença entre o processo penal e processo civil é significativa. No Código de Processo Civil há duas oportunidades para resolução de questões processuais antes que se inicie a fase de instrução. Uma delas na fase do artigo 295 e outra na fase do artigo 331. No processo penal, a análise das condições da ação e dos pressupostos processuais é reservada para a fase do artigo 395. Recebida ação penal, a rigor técnico, não mais se deve discutir se estão ou não presentes as suas condições, pois elas já foram aferidas e a ação, porque recebida, foi julgada procedente.

Comparando-se, então, o processo civil ao processo penal é possível elencar duas importantes conclusões.

Primeiro, que no processo civil o ato que “recebe” a inicial não se limita a ordenar a citação do réu. Há um juízo sobre a ação, consistente em verificar a incidência de alguma das circunstâncias previstas no artigo 295. Assim, dizer que no processo penal assim como no processo civil, a providência liminar se limita a determinar a citação do réu não é correto em nenhuma das esferas.

Segundo, que a comparação do processo penal com o processo civil não é procedente, pois a legislação cível prevê uma fase específica, após a resposta do réu, para apreciação das questões prévias, enquanto que na legislação penal não há previsão equivalente. Desta forma, ainda que se pudesse falar que no processo civil, ao “receber” a inicial, o juiz se limita a ordenar a citação do réu, no processo penal este é o momento em que se apreciam as questões prévias. O ato em que se analisam tais questões é inegavelmente um ato decisório, seja no processo civil, seja no processo penal. O juiz decide se estão presentes as condições da ação e os pressupostos processuais.

---

<sup>391</sup> LIEBMAN, E. T. **O despacho...cit.**, p. 109.

Veja-se, portanto, como a comparação entre o processo civil e o penal é falha e não vem a colaborar na definição da qualificação do ato de recebimento da inicial acusatória.

A qualificação do recebimento da denúncia e da queixa deve ser aferida no âmbito do processo penal, mediante análise do conteúdo do juízo de admissibilidade da ação penal, que possui caráter eminentemente decisório, haja vista que se volta a dirimir a viabilidade da ação penal.

## 5 CONCLUSÃO

Pretendeu-se mediante o estudo do juízo de admissibilidade da ação penal defender o contraditório prévio ao exame da viabilidade da acusação, bem como a necessidade de fundamentação do recebimento da denúncia ou queixa.

Em relação ao primeiro ponto, buscou-se fundamento para a resposta prévia da defesa ao juízo sobre a ação nas teorias do processo. Analisadas sob o enfoque da estrutura jurídica do processo, elas fornecem base teórica para se concluir que o acusado é sujeito de direitos e interage no *iter* procedimental em simetria à acusação.

Dentre as teorias estudadas, a de Elio FAZZALARI é a que fornece o melhor fundamento teórico para respaldar o posicionamento aqui defendido. Com efeito, ao afirmar a necessidade de que provimento – o qual, vale dizer, não se limita, no âmbito processual, à sentença de mérito, consoante deixa claro FAZZALARI – seja formado pela participação efetiva daqueles aos quais se destina, a teoria legítima que o juízo sobre a ação seja precedido de manifestação da defesa.

De se notar que a teoria de FAZZALARI é a que melhor atende ao processo democrático concebido pela ordem constitucional de 1988. Isso porque, ao impor ao Estado a obediência de uma estrutura normativa preparatória do ato – “regime de validade e eficácia de cada ato no procedimento” – o procedimento legitima o efeito daquele ato na esfera do cidadão, ao qual é assegurado o direito de participar da sua construção.

Aplicada a teoria de FAZZALARI ao exame de viabilidade ação penal, não há como afastar o contraditório prévio ao ato. Considerando que a instauração do processo penal repercute na esfera do cidadão-acusado, forma-se a “situação legitimante”, e ele, o acusado, passa a ter direito de influência na construção do ato.

Em relação ao segundo ponto desta dissertação – intimamente relacionado ao primeiro –, os argumentos invocados para afastar o dever de motivação da decisão de recebimento da denúncia e da queixa foram rechaçados.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal ignora a previsão constitucional, segundo a qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade.

É inegável que o recebimento da ação penal seja decisão.

No estudo do conteúdo do juízo de admissibilidade da ação penal, demonstrou-se sobre quais elementos deve o magistrado decidir ao examinar a acusação. Trata-se de operação intelectual que demanda, sobretudo, análise dos elementos colhidos na fase pré-processual.

Tal juízo, no entanto, não se volta ao mérito do caso penal, a matéria analisada diz, principalmente, mas não apenas, com a presença de suporte probatório mínimo e aparência criminosa para autorizar a deflagração do processo penal.

Nesse contexto, o juízo de admissibilidade da acusação constitui importante filtro a evitar o constrangimento que o processo penal pode causar na vida do acusado.

Consolidado o dever de fundamentação do ato, exige-se que o magistrado reflita e decline por que concluiu pela procedência da ação penal. Permite-se, assim, ao acusado que conheça quais elementos foram considerados pelo juiz como razão de decidir.

Não só por este motivo, mas também porque o texto constitucional assim determina, urge a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a fim de que ele cumpra sua função em garantir a Constituição e consolide o dever de motivação de *todas* as decisões judiciais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso.** Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil e comercial.** v. I. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1941.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano.** v. 1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

AMARAL FILHO. Adilson Prudente do. **O recebimento da denúncia e a necessidade de sua fundamentação.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* a. 7, n. 25, jan./ mar., 1999.

ARAGÃO, Egas Dirceu Muniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** v. 2. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2000.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal.** Madrid: Aguilar, 1960.

AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil romano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente. **Curso de direito judiciário penal.** v. 1. São Paulo: Saraiva, 1958.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A fundamentação das decisões judiciais a partir do modelo constitucional de processo.** *Revista do instituto de hermenêutica jurídica,* Porto Alegre, v. I, n. 6, 2008.

\_\_\_\_\_. **O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari.** *Revista eletrônica da Faculdade mineira de Direito,* Belo Horizonte, a. 2, 2003, disponível no sítio eletrônico: [www.fmd.pucminas.br](http://www.fmd.pucminas.br) Acesso em: 19/12/2014.

\_\_\_\_\_. **(Re)forma do processo penal.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BENVENUTI, Feliciano. **Funzione amministrativa, procedimento, processo.** *Rivista trimestrale di diritto pubblico.* Milano: Giuffrè, a. 2, n. 11, gennaio/marzo, 1952.

BETHMANN-HOLLWEG, Moritz August von. **Civilprozess des gemeinen rechts.** Bonn, Adolph Marcus, 1864.

BREDA, Antônio Acir. **A reforma do processo penal**. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, n. 21, 2008.

\_\_\_\_\_. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal**. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, n. 2, 1980.

\_\_\_\_\_. **Sugestões ao novo código de processo penal**. *Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 4, 1974.

BÜLOW, Oskar. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: El foro, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

CALAMANDREI, Piero. **El proceso como situación jurídica**. *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Douglas Dias Ferreira. v. 1. 2ª Ed. Campinas: Bookseller, 2003.

\_\_\_\_\_. **O processo como jogo**. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Douglas Dias Ferreira. v. 3. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2003.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Juiz das garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão**. *O novo processo penal à luz da Constituição*. Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Douglas Dias Ferreira. v. 1. Campinas, Bookseller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

\_\_\_\_\_. **A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial**. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 18, n. 70, 1993.

\_\_\_\_\_. **Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito**. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, a. 4, n. 14, 2004.

\_\_\_\_\_. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998.

\_\_\_\_\_. **Solução para o absurdo legal e técnico do novo art. 396 do CPP.** Disponível no sítio eletrônico: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/323593/?noticia=SOLUCAO+PARA+O+ABSURDO+LEGAL+E+TECNICO+DO+NOVO+ART+396+DO+CPP>. Acesso em 25.2.2012.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil.** 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Forese, 1980.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal.** Coimbra: Coimbra, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DONATO, Jânio Oliveira; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Decisão penal no Estado Democrático à luz da hermenêutica filosófica e do modelo constitucional de processo.** *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 74, 2011.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado.** v. 4, 5ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

FAZZALARI, Elio. **Diffusione del processo e compiti della dottrina.** *In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.* v. 2, a. 12, 1958.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual.** Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006

\_\_\_\_\_. **Note in tema di diritto e processo.** Milano: Giuffrè, 1957.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal.** 6ª ed. Niterói: Impetus, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance; LOPES, Mariângela. **O recebimento da denúncia no novo procedimento.** *Boletim IBCCRIM.* a 16, n. 190. set./2008.

FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal.** Trad. Pietro Castro. Barcelona: Bosch, 1933.

FOWLER, Fernando Newton Bitencourt. **Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma.** *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, n. 7, 1977.

FREITAS, Christiano Rodrigo Gomes de; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Processo penal e democracia: justificação pelo binômio inclusão dos interessados – promoção dos direitos fundamentais.** (anais de seminário). Maringá, CONPEDI, 2009.

GALENO, Lacerda. **Despacho saneador**. 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª ed. Belo Horizonte, Del Rey: 2012.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **O recebimento da denúncia e a Lei n. 11.719/2008**. *Revista da ESMP de São Paulo*. São Paulo, a. 1, n. 1, v. 2, jul./dez., 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A reforma do processo penal**. *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Org. Alexandre Wunderlich. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. **Condições da ação penal**. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

\_\_\_\_\_. **O conteúdo da garantia do contraditório**. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia del derecho**. Trad. Orlando Vitorio. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1944.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LEONE, Giovanni **Tratado de derecho procesal penal**. v. 1. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1989.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **O despacho saneador e o julgamento do mérito**. *In: Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima; ROSA, Alexandre Moraes. **Quando o acusado é VIP, o recebimento da denúncia é motivado**. Disponível no sítio eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-14/limite-penal-quando-acusado-vip-recebimento-denuncia-motivado>. Acesso em: 15.11.2014.

MAGALHÃES FILHO, Antonio Gomes. **A motivação das decisões penais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado del derecho procesal penal**. Trad.: Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: El foro, 1996.

MARCÃO, Renato. **Recebimento da denúncia ou queixa: os arts. 396, caput, e 399, do CPP, com a redação da Lei n.º 11.719/2008**. Disponível no sítio eletrônico: <http://jus.com.br/revista/texto/11959/recebimento-da-denuncia-ou-queixa>. Acesso em: 12.03.2012.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas, Milenium: 2000.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Da justa causa para a ação penal**. Belo Horizonte: Movimento Editorial, 2006.

MENDONÇA, Andrey Borges. **Nova reforma do código de processo penal**. São Paulo: Método, 2008.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis Moura. **Justa causa para ação penal de natureza condenatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NASCIMENTO, Paulo Sérgio Rangel do. **Direito processual penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório**. *RDCPC*. n. 29 – mai./jun., 2004.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

POLI, Camilin Marcie de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **O contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da acusação**. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais - Unibrasil*, Curitiba, v. I, 2010.

PRADO, Geraldo. **Sobre procedimentos e antinomias**. *Boletim IBCCRIM*. a. 16, n. 190, set./2008.

ROSA, Alexandre Moraes; SILVEIRA, FILHO. Sylvio Lourenço. **Para um processo penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTOS, Leandro Galluzzi. **Procedimentos. As reformas do processo penal.** Coord. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **Reforma processual penal de 2008.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A ação processual penal entre política e Constituição.** Outra teoria para o direito processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

\_\_\_\_\_. **Notas sobre o juízo de admissibilidade da acusação no anteprojeto de reforma do código de processo penal.** *O novo processo penal à luz da Constituição.* Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal.** 2008. Dissertação (Mestrado). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

SOUZA, Jose Barcelos de. **Teoria e prática da ação penal.** São Paulo: Saraiva, 1979.

STASIAK, Vladimir. **As condições da ação penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **O impasse na interpretação do artigo 396 do CPP.** Disponível no sítio eletrônico: [http://www.conjur.com.br/2008-set-18/impasse\\_interpretacao\\_artigo\\_396\\_cpp](http://www.conjur.com.br/2008-set-18/impasse_interpretacao_artigo_396_cpp). Acesso em 05.03.2012

SURGIK, Aloísio. **Lineamentos do processo civil romano.** Curitiba: Livro é cultura, 1990.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TORNAGHI, Helio. **Instituições de processo penal.** v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** v. IV. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** v. IV. 32ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

TOVO, Paulo Cláudio. **Brevíssimas anotações aos anteprojeto do Código de Processo Penal.** *Estudos de direito processual penal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileira**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

## REFERÊNCIAS JURISPRUDÊNCIAIS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70032252835. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. 18/01/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus* nº 0062582-85.2010.8.19.0000 Relator: Geraldo Prado. 15/04/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo nº 1163796. Relator: Og Fernandes. 5/8/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 36974. Relator: Marco Aurélio Bellizze. 19/3/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 142078/SP. Relatora: Laurita Vaz. 07/11/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 31.078. Relator: Orosimbo Nonato. 26/11/1949.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 38.833. Relator: Ribeiro da Costa. 29/11/1961.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 74.297. Relator: Rodrigues Alckmim. 21/11/1973.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 70.763-6. Relator: Celso de Mello. 28/6/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 93.056-5. Relator: Celso de Mello. 16/12/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 107.066. Relator: Celso de Mello. 12/11/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 72.286-5. Relator: Mauricio Corrêa. 28/11/1995.